

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**El concepto de nulidad en el derecho procesal civil**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Carlos L. López Tejada**

**Madrid, 2015**

Rd. 74.246

46

**UNIVERSIDAD DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**EL CONCEPTO DE NULIDAD EN EL DERECHO PROCESAL  
CIVIL.**

---

**POR: CARLOS L. LÓPEZ TEJADA**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA PARA OPTAR  
AL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO, DIRI  
GIDA POR EL EXCMO. SR. CATEDRÁTICO -  
DR. D. JAIME GUASP DELGADO.**

**MADRID, 1962**



# INDICE

## PÁGINA

INTRODUCCION. ....	5
<u>PARTE GENERAL</u>	
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD. ....	12
A) EN EL DERECHO PRIVADO .....	12
A') EN LA DOCTRINA GENERAL .....	14
B') EN LA DOCTRINA POSITIVISTA ALEMANA .....	16
C') SITUACION ACTUAL DE LA DOCTRINA ..	17
A'') TESIS TRIPARTITA .....	18
A''') INEXISTENCIA DEL ACTO..	18
B''') NULIDAD ABSOLUTA. ....	20
C''') NULIDAD RELATIVA .....	21
B'') TESIS BIPARTITA .....	21
B) CRÍTICA DE LA TEORÍA PRIVATISTA. ....	22
C) EN EL DERECHO PROCESAL. ....	28
CAPÍTULO II: LA NULIDAD PROCESAL EN LOS SISTEMAS LEGISLATIVOS FUNDAMENTALES .	34
A) SISTEMA DEL DERECHO ROMANO. ....	36
B) SISTEMA DEL DERECHO FRANCÉS .....	38
C) SISTEMA DEL DERECHO ALEMÁN. ....	41
D) SISTEMA DEL DERECHO ITALIANO .....	45
A') EN EL VIEJO CÓDIGO (1865) .....	46
B') EN EL NUEVO CÓDIGO (1941) .....	49
E) COMENTARIOS A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. ....	57

**PARTE ESPECIAL:**

<b>CAPÍTULO III: EL CONCEPTO DE NULIDAD DE LOS ACTOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL.</b>	<b>76</b>
<b>A. INTRODUCCIÓN. ....</b>	<b>76</b>
<b>B. EN QUE CONSISTE LA NULIDAD DEL ACTO - PROCESAL. ....</b>	<b>81</b>
<b>A) CONCEPTO GENERAL. ....</b>	<b>81</b>
<b>B) CONCEPTO ESPECÍFICO ....</b>	<b>87</b>
<b>C) SUPUESTOS ESENCIALES DE EFICACIA - ANORMAL. ....</b>	<b>92</b>
<b>A') <u>INEFICACIA ABSOLUTA (NULIDAD - STRICTU SENSU)</u> ....</b>	<b>93</b>
<b>A'') INEFICACIA RADICAL ....</b>	<b>95</b>
<b>B'') INEFICACIA SOBREVENIDA. ..</b>	<b>97</b>
<b>B') SIMPLE IRREGULARIDAD. ....</b>	<b>100</b>
<b>D. EN QUÉ CONSISTE LA 'ANULABILIDAD' DEL ACTO. ....</b>	<b>103</b>
<b>C. VICIOS DE LOS ACTOS PROCESALES. ....</b>	<b>107</b>
<b>A) EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE VICIO. ..</b>	<b>108</b>
<b>B) CLASES DE VICIOS. ....</b>	<b>121</b>
<b>D. SUBSANACIÓN DEL VICIO DEL ACTO PROCESAL</b>	<b>145</b>
<b>A) LIMITACIONES A LA EXTENSIÓN DE LA - NULIDAD. ....</b>	<b>152</b>
<b>B) LA CONVALIDACIÓN. ....</b>	<b>155</b>
<b>C) LA INVALIDACIÓN. ....</b>	<b>161</b>
<b>D) LA DECLARATORIA DE NULIDAD EX OFFICIO. ....</b>	<b>162</b>
<b>E) LA RECTIFICACIÓN. ....</b>	<b>164</b>



**PÁGINAS**

F) LA RENOVACIÓN. ....	165
<b>CAPÍTULO IV: LA TEORÍA DE LA NULIDAD APLICADA EN PARTICULAR A LA SENTENCIA .....</b>	<b>169</b>
A) DETERMINACIÓN DE LOS VICIOS DE LA SENTENCIA. ....	170
B) INVALIDACIÓN DE LA SENTENCIA SUJETA A RECURSO . ....	177
C) ADMITE LA DOCTRINA LA EXISTENCIA DE VICIOS INSUBSANABLES? .....	186
<b>CAPÍTULO V: LA NULIDAD PROCESAL EN EL DERECHO POSITIVO PANAMEÑO . ....</b>	<b>198</b>
A) INTRODUCCIÓN. ....	198
A') EL CÓDIGO JUDICIAL DE 1917. ....	198
A'') LAS FUENTES .....	199
B'') CARACTERES GENERALES. ....	200
C'') UBICACIÓN DE LA MATERIA. ....	201
B') LA LEY 86 DE 1941 SOBRE RECURSOS DE CASACIÓN Y REVISIÓN. ....	202
B) DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE NULIDAD EN EL DERECHO POSITIVO PANAMEÑO. ....	204
C) DETERMINACIÓN DE LOS VICIOS QUE ORIGINAN LA NULIDAD. ....	205
A') DE LOS ACTOS EN GENERAL. ....	205
B') DE LA SENTENCIA. ....	207
C') DEL PROCESO ENTERO. ....	209
D) LOS MEDIOS PARA HACER VALER LA NULIDAD PROCESAL. ....	210
A') MEDIOS UTILIZABLES DENTRO DEL MISMO PROCESO. ....	211
B') MEDIOS UTILIZABLES DESPUÉS DE FENECIDO EL PROCESO. ....	213
CONCLUSIONES. ....	219
BIBLIOGRAFIA. ....	225

**A**

**JACINTO, EDWIN, RAUL, CARLOS AUGUSTO  
Y GERMÁN LÓPEZ, TODA UNA FAMILIA DE  
ABOGADOS.**

## INTRODUCCION

Que a la nulidad se le considera como uno de los conceptos más confusos de la ciencia jurídica, es algo que se puede acreditar sin dificultad acudiendo a las expresiones coincidentes de Castán, Ugo Rocco, Alsina, Viada y tantos otros que acuden de golpe a nuestra memoria.

Si limitamos nuestra observación al campo de lo estrictamente procesal, tampoco es difícil comprobar que el término apunta a una realidad compleja y heterogénea; la mayor parte de las legislaciones vigentes, no ofrecen una noción legal de ella y ni siquiera se ha logrado dar a la materia una ubicación precisa, encontrándose dispersa en los sectores más diversos; la doctrina tradicional, (que parte de una subordinación casi absoluta del intérprete a la letra de la ley), muestra una solidaria indiferencia ante la complejidad del concepto y, a lo sumo, agota su cometido en la clasificación de la nulidad en tipos y categorías que la más de las veces se formulan sin sujeción a un criterio científico. La cons

cuencia de esta situación de incerteza ha sido nefasta - para la actuación del derecho; como todo lo que permanece en la sombra, la nulidad ha sido en todas las latitudes expediente eficaz en manos del litigante temerario, quien no ha dudado en esgrimirlo en detrimento de la justicia.

Ahora bien, no se nos oculta que la reacción - contra ese estado de desconcierto se ha producido desde todos los ángulos de la ciencia jurídica; especialmente, dentro de la política legislativa, en la que el problema ha tenido una atención preferente. Lamentablemente, el panorama es todavía confuso; más aún, el influjo del conceptualismo alemán que es tan notorio en la doctrina procesal italiana (y, bajo cuyos auspicios se han precisado tantos conceptos que permanecían en igual estado de incerteza), ha coincidido con una crisis del término "nulidad", al que se ha querido suplantar con las expresiones invalides, ineficacia, etc., que se estiman más exactas. De allí, pues, que abordar a estas alturas el estudio - analítico de este concepto no es un mero capricho, sino un imperativo de la mayor repercusión práctica.

La tarea no ha sido fácil, puesto que a la par de su significado estricto, la doctrina ha acuñado otro mucho más extenso (comprendivo de todo ese estado de anomalía que se cierne sobre el acto que traspassa los lí-

mites de la perfección); a la postre ha resultado que el examen del concepto de nulidad implica el enfrentamiento con los interrogantes básicos que han preocupado a la doctrina en este campo; esto es, a lo relativo a su naturaleza intrínseca, a su origen y a su posible subsanación.

A esto se reduce, pues, la fase medular de nuestro trabajo que ex profeso hemos concentrado en el Capítulo Tercero. Parece obvio, que este análisis debe ir precedido de una información somera en torno a los caracteres esenciales que muestra la nulidad en los sectores más importantes de la doctrina general y a la manera como ha sido tratada por el legislador en los Códigos de Procedimiento fundamentales. Es éste el objetivo que se persigue en la Parte General, a la que hay que atribuir, por tanto, un carácter meramente introductivo.

Por último, aun a riesgo de romper con la relativa unidad observada en la exposición de los temas, no hemos querido soslayar dos puntos de vital importancia: el relativo a la nulidad de sentencia y el de la nulidad procesal en el Derecho Positivo Panameño; el primero, porque al no hacerlo habríamos omitido ciertos problemas cuyo tratamiento ha sido objeto de interminables debates dentro de la teoría de la nulidad procesal; y, el segundo, porque sin esta breve referencia al derecho patrio sentimos como si nuestro esfuerzo se hubiese producido -

en el vacío.

En la preparación del material bibliográfico, salta a la vista que nos hemos detenido sobre todo en la doctrina moderna y, preferentemente, en la italiana. Pero, tenemos que confesar que la ayuda más efectiva la hemos recibido del examen de esa realidad compleja que es la nulidad procesal, mirada al trasluz del método de observación dinámico que tan útil ha sido a Carnelutti en el estudio del proceso. Sin esta ayuda, no habríamos podido sacar ningún provecho de ese caos de datos que la doctrina de todos los tiempos y de todas las ramas del derecho ha ido amontonando despiadadamente sobre el tema de la nulidad.

He aquí una reseña, formulada tal vez con excesiva parquedad, del por qué, el qué y el cómo de este trabajo; algo nos dice que todo razonamiento posterior rebasa el límite de objetividad que tan penosamente ha de guardar quien valore el fruto de su propio esfuerzo.

No obstante, demasiado bien sabemos que la cuota de desaciertos en este ensayo es tan grande que acabaría por enervar lo poco de positivo que acaso tiene, si no nos anticipamos a explicar nuestra actitud con respecto a algunos puntos fundamentales.

Por lo pronto, tenemos que convenir que la postura que mantenemos frente al concepto de nulidad es eni

mentemente teórica; lo que implica el descuido de ciertos aspectos no menos interesantes, como el punto de vista jurisprudencial y, ante todo, del derecho vigente.

En cuanto a las fuentes, cabe observar una parcialidad manifiesta en favor de la doctrina italiana que se ha elaborado a raíz de la promulgación del Código de 1941 y en menoscabo, no sólo de la literatura española, sino también de la francesa y de la alemana.

Por lo que hace a la primera observación, probablemente hemos pecado de ilusos al considerar que toda la incertidumbre que se observa en esta materia se resume en una simple confusión conceptual y terminológica. - Lo cierto es que esta opinión no está muy alejada de lo que ya Calamandrei había advertido en uno de los ensayos mejor fundamentados que se han escrito sobre este asunto; "quien se dedica a los estudios jurídicos, afirma el insigne tratadista florentino, sabe como cuánta urgencia, en el umbral de toda cuestión práctica, se presenta la necesidad de determinar con precisión, incluso con sutileza, los elementos conceptuales que deben servir para la ulterior investigación."

Por lo que toca a las fuentes, tenemos que con

---

(\*) Me refiero al ensayo "Vicios de la sentencia y medios de gravamen" que han sido comentados en el texto.

resar que desde el primer momento nos impusimos un límite en el tratamiento de la nulidad procesal; este límite nos venía dado por la obra "La nulidad en el Proceso Civil Español" de Manuel Morón, en la que el autor se sirve con mucho tino de los datos que le brinda la jurisprudencia y el derecho positivo, y, específicamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil; a nuestro parecer, quedaba casi intocada, esa otra fuente que es la doctrina moderna que se ha ido fraguando en torno a la teoría de los actos jurídicos y, particularmente, de los actos procesales, sector doctrinal que, según el mismo Morón ha explicado, se abstuvo de abordar seriamente por razones que no es del caso comentar ahora.

A los que antes pasaron por este trance no les será difícil comprender con cuánta avidez procura el neófito en su tesis doctoral escalar una cima inexplorada. Y, ciertamente, el dilema es agobiante para el estudiante americano que presiente que todas las ideas han sido superadas con creces en la fecundísima literatura jurídica europea. Esto lo inclina, naturalmente, a tratar el objeto de su investigación con referencia casi exclusiva al derecho patrio, y, ello, no por un 'pretendido chauvinismo', sino por un explicable afán de originalidad.

Aunque también hemos sentido iguales aprensiones, claro está que nuestro caso es distinto: al escoger



el tema de la nulidad, sabíamos de antemano que no sólo teníamos que renunciar a toda pretensión de originalidad, sino también a toda pretensión de plenitud; pero, en -  
verdad que no nos sentimos defraudados; al cruzar nuestras débiles armas contra un asunto tan extraordinariamente debatido, también presentíamos que a la postre -  
iba a resultar fortalecida nuestra precaria formación -  
jurídica; y así ha resultado.

## CAPITULO I

### CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD

#### a) En el Derecho Privado:

No es difícil constatar que cada disciplina jurídica tiene su propio régimen de nulidades. El lenguaje forense está saturado de expresiones - v.gr. nulidad de matrimonio, de acto administrativo, de sentencia, etcétera- que corroboran este aserto. Por otra parte, la investigación histórica ha revelado que el origen de la nulidad se confunde con las primeras manifestaciones del fenómeno jurídico (1).

Está fuera de nuestro propósito hacer referencia a cada régimen en particular o a la evolución histórica cumplida por el instituto a través de los años; por el momento, tan sólo interesa poner de manifiesto la es

---

(1) En cuanto al aspecto histórico del tema son harto conocidas las investigaciones realizadas por Georges Lutzescu: "Teoría y Práctica de las Nulidades"; y en el Derecho Procesal, la obra de Piero Calamandrei: La Casación Civil, Tomo I, es ya clásica.

trista significación que antaño se le otorgaba al concepto de nulidad, que contrasta notablemente con la extraordinaria amplitud que posteriormente fue adquiriendo en el seno de la doctrina privatista, cuyo influjo sobre las otras disciplinas es y ha sido notorio.

Desde este punto de vista, no cabe la menor duda que en los momentos iniciales del derecho romano la noción de nulidad no podía ser más reducida: al equipararse a la inexistencia jurídica denotaba, por tanto, la carencia total de los efectos jurídicos de un acto - (2). El aforismo "quod nullum est nullum producit effectum", responde, precisamente, a esta idea de la ineficacia absoluta, siempre ligada al supuesto de trasgresión de la ley: "quidquid fit contra legem nullum est".

Posteriormente, la práctica vino a demostrar que esta solución era demasiado rígida y que a la postre resultaba imposible aplicarla rigurosamente a todos los casos de contravención de la ley. Muy pronto se cayó en cuenta que ella implicaba un perjuicio económico que la más de las veces recaía sobre sujetos que no habían

---

(2) Con razón se ha dicho que en los inicios del derecho romano el asunto de la nulidad no ofrecía ninguna complicación: el acto contrario a la ley era nulo y el acto nulo no producía ningún efecto (Cfr. Enciclopedia Jurídica Española Seix, Tomo XIII, pág. 519).

intervenido en la realización del acto antijurídico. A esta circunstancia había que agregar otro factor que contribuyó a agravar el asunto. Chiovenda (3) nos demuestra que en la época primitiva la actuación del derecho estaba impregnada de un excesivo formalismo. "El ingenuo sentimiento de los primitivos, dice este autor, está dominado por la estética de la forma. La importancia del acto está en su exterioridad visible: en ésta se individualiza su significado. La distinción entre la razón del acto y el modo de llevarlo a cabo es una sutileza de época más avanzada". Sólo así se explica que la nulidad fuese ocasionada por la omisión de la formalidad más insignificante: un gesto no prescrito por la ley, la omisión de una sílaba, etcétera.

a') En la doctrina general del derecho:

Esta noción experimenta dentro de la llamada doctrina general del derecho (4) un extraordinario desa-

---

(3) Giuseppe Chiovenda: Las formas en la Defensa Judicial del Derecho; (Ensayos de Derecho Procesal Civil, Trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1949, Tomo I, pag. 731.

(4) La Parte General del Derecho Civil asumió en la primera época de su evolución un cierto cariz de universalidad; sus cultivadores la consideraban por encima de las disciplinas jurídicas particulares a las que suplía e informaba. Aun perduran las críticas contra esta actitud universalista del derecho privado, sobre todo en la doctrina española (Vid. Manuel Morán: La Nulidad en el Proceso Civil Español, Barcelona, - 1957, pag. 83).

rollo. En este momento, el concepto de nulidad ha perdido ya aquella significación estricta, (de inexistencia o ineficacia absoluta) que le atribuía la tradición romanista; el derecho común había consagrado el supuesto de 'anulabilidad', con lo cual no sólo se admite la posibilidad de que la nulidad "sea subsanada por el transcurso del tiempo", sino que, por esta misma razón el término 'nulidad' pierde toda exactitud y se transforma en una realidad compleja, fraccionada en una serie de tipos y subtipos menores.

En esta época también se consolida la idea de que la nulidad es un medio de reacción del derecho frente al acto o conducta antijurídica (5); pero, lo que es más importante, la sanción de la nulidad viene a ser referida a una conducta jurídica externa, cuyo modelo legal es el contrato. La teoría sobre la nulidad del contrato, con su secuela de tesis afines sobre los vicios del consentimiento y la división tripartita de la nulidad (inexistencia, nulidad absoluta y relativa) irradia su influjo sobre todos los sectores de la ciencia jurídica y echa raíces tan profundas en la doctrina que aún

---

(5) La nulidad constituye según esta postura un medio - de reacción del derecho de carácter negativo, una especie de sanción civil que recae sobre los actos contrarios a los preceptos jurídicos (Cfr. Federico De Castro: Derecho Civil de España, Tomo I, pág. 595)

mantiene su vigencia en todos los sistemas civiles que siguieron con mayor o menor fidelidad los postulados - forjados al calor de la codificación napoleónica.

b') En la doctrina positivista alemana:

Dentro del sector privatista, merece una consideración especial la doctrina, positivista alemana, - puesto que ella constituye la fuente en la que se nutre la teoría actual sobre la nulidad de los actos procesales que ha recibido un notable impulso de la escuela - procesalista italiana que florece en torno a la figura de Chiovenda.

En el seno de esta doctrina, la nulidad no se concibe como una sanción de tipo civil, sino como un fenómeno anormal que acontece al acto jurídico; y, en consecuencia, el motivo que la origina no es tanto la violación de una disposición legal, cuanto la falta de uno de los hechos constitutivos del acto (6).

Por lo que hace al concepto, aquí conserva la nulidad su significado estricto; Son nulos, refiere - Von Tuhr, los negocios que carecen de eficacia y no pue

---

(6) Andreas Von Tuhr: "Derecho Civil, Teoría General del D. C. Alemán" (Trad. de Tito Rava, Buenos Aires 1947) Tomo II', pag. 310.

den ser validados" (7).

Los últimos pasos en el desarrollo de esta postura los da la ciencia jurídica italiana; en este sentido, Betti (8), a la par que traza la estructura y el funcionamiento normal del negocio jurídico, no descuida su aspecto negativo y también describe su "fenomenología anormal", con lo cual despoja al concepto de nulidad del significado general y amplio que le había atribuido la doctrina tradicional. (9)

c') Situación actual de la doctrina:

Ahora bien, tendremos que reconocer que examinada en su conjunto el panorama de la doctrina civilista es muy distinto al que nos muestran los autores germano-italianos que hemos mencionado. En ella (al igual que en la doctrina procesal o administrativa), parece prevalecer la idea de que la nulidad es un fenómeno complejo, que se escinde en un cierto número de supuestos o tipos

---

(7) Andreas Von Tuhr: Idem, pág. 305. Agrega Von Tuhr (pág. 322) con más énfasis que "conforme a su propia noción, la nulidad del negocio es definitiva e insanable: los negocios que a raíz de nuevos acontecimientos o cesación de hechos imprevistos puedan llegar a ser eficaces, no deben ser considerados malos, sino incompletos".

(8) Emilio Betti: "Teoría General del Negocio Jurídico" (Trad. de Martín Pérez, Madrid, 1959), pág. 270.

(9) En la doctrina española se vislumbran los rasgos de

esenciales; y que, por tanto, la actitud de la doctrina y la legislación ha de limitarse a la formulación de una clasificación adecuada de los supuestos principales (10). Desde este punto de vista, admitimos con Garrido Falla (11) que es posible resumir la teoría privatista de la nulidad, harto complicada y confusa, al estudio de dos posturas: la que sigue una clasificación tripartita de las nulidades y la que acepta una clasificación bipartita.

a'') Tesis tripartita: Reconoce en la nulidad tres supuestos o categorías perfectamente definidos: la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad.

a''') La inexistencia del Acto: Lutsenko (12) reclama - para la doctrina francesa el origen, el éxito y -

---

una postura semejante en la obra de Antonio Borrell y Soler que distingue los "efectos de los actos jurídicos normales" de los "efectos de los actos jurídicos anormales" (Cfr. Derecho Civil Español, Magalona, 1955, Tomo I, pág. 347 y sig.)

(10) Esta idea de que existe un concepto amplio de nulidad, comprensivo de otros supuestos menores, se traslucen claramente aun en los autores alemanes; el mismo Von Tahr, que predica una noción tan estricta y reducida de la nulidad, parte de una "Clasificación de las Nulidades" que comprende: 1.- los negocios incompletos; 2.- los negocios nulos; 3.- los negocios anulables (Cfr. op.cit., pág. 303).

(11) Cfr. Tratado de Derecho Administrativo" Vol. I, pág. 420.

(12) En el Derecho Francés surgía la necesidad de obviar



probablemente, el fracaso de la teoría de la inexistencia. Para ser consecuente con la idea de Calamandrei, según la cual en las fuentes romanas la nulidad se equiparaba a la inexistencia jurídica, aceptamos la afirmación en el sentido de que es la doctrina francesa la que primero formula la noción de acto inexistente como supuesto diverso de la estricta nulidad.

Repudiada por unos, defendida por otros, el hecho es que la tesis de la inexistencia ha encontrado adeptos en todas las ramas del derecho que le han atribuido, en principio, las siguientes peculiaridades: El acto deviene inexistente cuando carece de un elemento esencial o conceptual; como tal, no puede ni podrá jamás producir efectos jurídicos; en principio, no requiere que se le declare judicialmente, pero será precisa la intervención del Juez si de alguna manera se trata de ejecutar el acto; no admite la convalidación ni la confirmación; por último, la inexistencia puede hacerla

---

los obstáculos que presentaba la regla "no hay nulidad sin texto", para ciertos casos extremos de irregularidades que, sin embargo, no habían sido previstos por el legislador. Para muchos fue Zachariae el primero que utilizó el término inexistencia, aplicándole especialmente al Derecho matrimonial. Posteriormente, por obra de Aubry et Rau, Deloombe, y Laurent, esta tesis pasa al derecho patrimonial, consolidando su posición en la doctrina de Baudry Lacantinerie.

valer cualquiera que tenga interés en ella (13). En -  
síntesis, se considera al acto como si no se hubiera -  
realizado. Se trata de un "no acto" en expresión de -  
Carnelutti.

b'') La nulidad absoluta: Es fácil deducir que para  
los seguidores de la tesis tripartita, la nulidad  
absoluta supone que el elemento que falta o está vicia-  
do es importante, pero no de carácter esencial o concep-  
tual. En este caso, contrariamente a lo que se da en -  
el supuesto anterior, el acto existe aunque en un esta-  
do tan precario que tampoco puede producir los efectos  
jurídicos que normalmente hubiera producido. Algunos -  
autores reservan este supuesto exclusivamente para los  
casos en que el acto se ha realizado contra lo dispues-  
to en la Ley (14). La verdad es que este último era el  
sentido que originalmente le había dado la doctrina -  
francesa, por contraposición a la inexistencia que com-  
prendía únicamente los casos de nulidad no previstos en  
la Ley.

---

(13) Cfr. Lutzesco: Op. Cit., pág. 177.

(14) José Castán Tobeñas: "Derecho Civil Español, Com-  
mún y Foral", Tomo I, Pág. 685.

c''') La nulidad relativa: Esta categoría se diferencia de las dos anteriores en que el acto anulable no sólo existe, sino que, además, es válido y como tal surte los efectos que le son propios, pero esa validez está sometida a la posibilidad de una impugnación y con siguiente anulación, por vía de acción o de excepción.  
(15)

b'') Tesis bipartita: Sostiene que los supuestos de nulidad se agotan en dos categorías bien definidas: la nulidad y la anulabilidad. Rechaza, por tanto, la noción de inexistencia jurídica, primordialmente por que "no da lugar a un tratamiento distinto de la nulidad absoluta" (16). Sin acudir a la doctrina española, partidaria casi en su totalidad de la tesis de la bipartición, no se puede desconocer el hecho de que la misma doctrina francesa se ha encargado de rebatir a los que tratan de justificar la teoría de la inexistencia (17).

---

(15) José Castán Tobeña: "Derecho Civil Español, Común y Foral". Tomo I, Pág. 687.

(16) Garrido Falla: Op. Cit., pág. 422.

(17) "La teoría de la inexistencia, dice Iatzenec, ha sido edificada sobre un fundamento falso, se ha apoyado falsamente en la concepción orgánica del acto jurídico. Este es el centro de todas las investigaciones, de todas las mixtificaciones en que ha envuelto a las sanciones legales" (Iatzenec: Op. Cit., pág. )

Es pues, del todo cierto, que en cuanto al concepto de inexistencia, hay una importante corriente doctrinal - que tiende a destruirlo como entidad autónoma para dejarlo refundido con la nulidad radical o absoluta (18).

b) Crítica a la teoría privatista sobre la nulidad:

En verdad que son los mismos cultivadores del derecho civil los que por lo regular no se sienten satisfechos de los resultados alcanzados por su propia - disciplina en el estudio de las nulidades. No es extraño, pues, que Castán (19) inicie su estudio sobre el tema aseverando que "la nulidad de los actos y negocios jurídicos es uno de los conceptos más confusos del Derecho Civil". (Desde otros sectores se han formulado también cargos parecidos; para Jéze (20), por ejemplo, "los resultados de esta teoría no han sido del todo satisfactorios".

Según se observa, esta imprecisión y desconcierto tiene raíces muy profundas en el tiempo. Para algunos la complicación se remonta al derecho preteria-

---

(18) Puig Brutau (Voz: Actos Nulos, Nueva Enciclopedia Jurídica "Seix", Pág. 328, Vol. I.

(19) Op.Cit. Pág. 679 (Tomo I, Vol. II).

(20) Gaston Jéze: Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo I, pag. 74.

no -que distinguía la nulidad civil de la nulidad pretoriana-. Lutzesco nos revela que, posteriormente, "los autores del Código de Napoleón, por más que trataran de crear un sistema homogéneo de nulidades que supera la falta de claridad ya existente en el derecho antiguo, fallaron en su cometido. El mencionado Código, termina -este autor, hereda el mismo vicio y conserva la atmósfera obscura y turbia que en cierta forma se encontraba -en la tradición" (21).

Lo cierto es que, a estas alturas ni siquiera existe un pleno acuerdo en la doctrina en cuanto a las causas que originan la nulidad de un acto. Para los -continuadores del movimiento codificador francés, la nulidad y sus supuestos se producen por la falta de un -elemento esencial del acto: el consentimiento, objeto o causa (22). Para Lutzesco, en cambio, el motivo de la nulidad no puede localizarse en los vicios o enfermedades que afectan al acto jurídico, como quiere la doctrina francesa, sino que él se obtiene colocando la intención de las partes contratantes frente a frente con el fin social: en todo caso la solución será dada por el

---

(21) Lutzesco: Op. Cit., pág. 165.

(22) El acto jurídico, cuyo modelo legal es el contrato, se configura a la manera de un ente orgánico. En -

fin que persigue la ley (23). De otra parte, para Von Tuhr (24) el origen de la nulidad reside en un "vicio - del factum del acto", que es tanto como decir, la falta de uno de sus hechos constitutivos. En este aspecto, - De Castro (25) se inclina por una postura ecléctica: - "sería erróneo deducir la nulidad automáticamente del - hecho que un acto no reúna los requisitos señalados en

---

este sentido Bonnesse (cit., por Lutzescu, pág. - 165) sostiene que el "acto jurídico constituye un verdadero organismo, rigurosamente sometido en - cuanto a su existencia, a la necesidad de ciertos elementos vitales".

(23) Op.Cit., pág. 242.

(24) Lo cierto es que la tesis germana sobre el origen de la nulidad revela una concepción del acto jurídico enteramente distinta de la que formula la doctrina francesa. Según aquella, el acto jurídico - es una especie del hecho jurídico (hecho material al que acompaña el cambio de una situación jurídica) que se caracteriza por la intervención de la - voluntad humana; constituye, por tanto, un concepto empírico, fundado en la experiencia, e implica una visión positivista del derecho objetivo. En -- efecto, para este sector de la doctrina la norma - jurídica, considerada en su estructura lógica, consta de una previsión y una disposición correlativa (Betti: Op.Cit., pág.4); en la primera parte, la norma enuncia una hipótesis de hecho que al existir in concreto, produce, con necesidad lógica, el efecto jurídico correlativo. Dentro de este sistema la nulidad se produce por un vicio en la hipótesis de hecho, entidad que ha sido designada por la doctrina alemana con el nombre de Tatbestand y que algunos han traducido como 'factum' (en la obra de - Von Tuhr) o 'supuesto de hecho' (esta última equivalente a la expresión italiana 'fattispecie': en la obra de Betti: pag. 4)

(25) Op.Cit., pág. 599.

la ley o de que esté, en parte o en su conjunto, prohibido por una Ley"; para saber cuando se origina la nulidad, agrega, hay que considerar los dos factores: la naturaleza del mandato legal y el carácter del acto (26).

Pero, evidentemente, las críticas más frecuentes se han endilgado contra el intento de aplicar las normas y principios elaborados en el seno de la doctrina privatista, al resto de las disciplinas jurídicas. A este propósito es notable la postura de unánime repulsa que "contra este arraigado mimetismo asumen los administrativistas" (27). Aunque en el campo doctrinal ha sido, aparentemente, superada esta pugna entre civilistas y publicistas, pugna que recayó sobre todos los temas fundamentales del derecho (28), el asunto no ha perdido

---

(26) En cuanto al primer factor, De Castro: (pág.599) - añade que la nulidad se produce cuando la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie y lo estigmatice de jurídicamente ilícito; - en cuanto al segundo, la nulidad no se impone a todo acto no conformado según los preceptos legales, sino a aquéllos que van dirigidos contra la ley.

(27) Refiriéndose concretamente al D. Administrativo, - Giannini, ha expresado que un sistema de invalidez construido en un Derecho que encuentra su centro - en el problema de la autonomía de los sujetos privados mal se presta a ser aplicado a un Derecho - que encuentra su centro en el problema de la dialéctica autoridad-libertad".(Cit.per Garrido Falla: Op.Cit., pág. 423.)

(28) A este respecto Jéze (Op.Cit.,pág.74) revela que - "durante largo tiempo y hasta estos últimos años el derecho público ha consistido en adaptaciones de teorías civilistas."

actualidad en el Derecho Positivo español, por cuanto se discute el valor que tiene la declaración general contenida en el artículo 4º del Código Civil: "son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma ordene su validez"; y es que, "cabe pensar que tratándose de una norma contenida en el título preliminar del Código Civil, sea aplicable tanto al Derecho Privado como al Público y que, por consiguiente, se trata de una nulidad que afecta a todos los actos -sean procesales, administrativos o simplemente jurídicos- y además, con las características de la nulidad absoluta que la doctrina privatista predica para estos casos" (29). Como es natural, los civilistas se han mostrado partidarios de la aplicación irrestricta del artículo mencionado, cualquiera que sea la naturaleza de la norma violada por el acto (30). En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de noviembre de 1947, con relación al Derecho Administrativo, y en la sentencia de 1º de marzo de 1934 con relación al Derecho Procesal (31). En

---

(29) Garrido Falla (Op.Cit., pág. 424.

(30) De Castro (Op.Cit., pág.84) afirma textualmente: "el artículo 4º se aplica a toda clase de leyes; ya pertenescan, conforme a su naturaleza, al Derecho Público o al Privado.

(31) Aclara Manuel Morón (Op.Cit., pág.85) que el Tribunal Supremo, por regla general ha repulsado la apli



cambio, desde otros sectores y concretamente, los administrativistas y procesalistas españoles (32) se han opuesto rotundamente a esta ingerencia de la doctrina civil en los predios extraños. Luego veremos con mayor detenimiento la actitud de los segundos frente a este problema.

Para terminar, es prudente agregar que en nuestra época confrontamos una nueva tentativa de formulación de una doctrina general del derecho, pero esta vez el intento ha surgido del sector publicista y, concretamente, del Derecho Procesal; se trata, por supuesto, de la Teoría General del Derecho de Francesco Carnelutti (33) que consideramos de primordial importancia en el estudio de las nulidades, en vista de que constituye una notable excepción a la incertidumbre conceptual y terminológica que priva en la doctrina que le antecede. Lo anterior no significa, en manera alguna, que estimemos a esta teoría de Carnelutti, como la respuesta acor-

---

cación del artículo 4º a los actos procesales, concretamente en la sentencia de 24 de octubre de 1932.

(32) Al respecto, nos remitimos a los argumentos expuestos por Garrido Falla (Op.Cit.,pág.424) y, por lo que hace al Derecho Procesal, a los comentarios de Morón (Op.Cit.,Pág.83-86).

(33) (Trad.de Francisco Javier Osset, 2ª ed.,Madrid,1955.

tada para quienes reclaman una doctrina general del derecho imparcial, totalmente desvinculada de los designios que matizan las concepciones forjadas al calor de las ideas privatistas o publicistas.

e) En el derecho procesal:

Ciertamente que no tiene mérito alguno discutir acerca de si la nulidad civil surgió antes o después que la procesal; lo que sí parece comprobado es - que el significado del término nulidad era único para todas las hipótesis y equivalía a la inexistencia, a la falta total y absoluta de eficacia. Efectivamente, después de la investigación exhaustiva realizada por Calamandrei en su "Cassazione Civile", a propósito de la génesis histórica de las impugnaciones procesales, se ha dado por cierto que ya el Derecho Romano conocía la distinción entre "sentencia injusta por error de juicio", apelable, pero susceptible de pasar en cosa juzgada si no se apela tempestivamente contra ella y la "sentencia nula" por defectos de forma, jurídicamente inexistente, y, por tanto, no idónea para pasar en autoridad de cosa juzgada por defecto de apelación (34). Sí interesa aclarar ahora que la doctrina que ulteriormente se desarro-

---

(34) Piero Calamandrei: Casación Civil, pág. 23.

lló en torno a la nulidad procesal tiene una indiscutible estirpe procedimental; ello se desprende de las aseveraciones del mismo Calamandrei (35) quien advierte - que "por influjo en la tradición romana del concepto - germánico de la 'fuerza formal de la sentencia' - 'formal kraft' - aparece en el derecho estatutario italiano y se perfecciona ulteriormente en el derecho común el concepto de "anulabilidad", esto es, una nulidad sanable que puede ser hecha valer mediante un medio especial de impugnación distinto de la apelación, precluido el cual - no se puede invocar ya la anulabilidad, y la sentencia queda como si desde el comienzo hubiese sido plenamente válida y regular (36).

Sea, pues, la anulabilidad y la 'querela nullitatis' (37) los institutos que indiscutiblemente sig

---

(35) En el concepto general de nulidad de sentencia, advierte este autor, se produjo una gran transformación, ya que desde entonces fue concebida, "no ya como inexistencia jurídica inicial y absoluta de la sentencia viciada por ciertos defectos, sino como vicio de una sentencia existente que, aun sin impedir a la sentencia que existiese jurídicamente, abriera, sin embargo, acceso a un remedio especial encaminado a anularla" (Op.Cit., pág. 26).

(36) *Idem.*, pág. 26.

(37) La "querela nullitatis" fue un medio de ataque contra la sentencia afectada de aquellos errores in procedendo que en el derecho romano habrían producido ipso iure, sin necesidad de medio alguno de ataque, la inexistencia jurídica del fallo (Manuel Morón: Op.Cit., pág. 29).

ven de fundamento histórico a la doctrina sobre la nulidad procesal.

Por otra parte, el fenómeno de la nulidad, ya en el ámbito del Derecho Procesal Civil, ha sido enfocado desde puntos de vista metódicos harto diferentes; así vemos que mientras la vieja doctrina gira en torno al concepto de nulidad de sentencia (38), algunos autores como Chiovenda (39) se detienen especialmente en la nulidad de la relación jurídico-procesal (que es tanto como decir la de todo el proceso). En cambio, en la actualidad los procesalistas modernos ponen a la nulidad de los actos procesales como objeto de su preferente atención; cuando más, algunos autores distinguen la nulidad de los actos de parte de la de los actos del órgano jurisdiccional (40).

---

(38) Esta actitud se puede observar todavía en el ensayo de Calamandrei: "Vicios de la Sentencia y medios de gravamen", publicado en 1915 (Estudios sobre el Proceso Civil, Trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pág. 421 y sig.)

(39) Giuseppe Chiovenda: Instituciones de Derecho Procesal Civil, (Trad. española de Gómez Orbaneja, Madrid 1940, Tomo III, pág. 31 y sig.)

(40) Esta tendencia se observa sobre todo en los autores alemanes, principalmente en Leo Rosenberg, "Tratado de Derecho Procesal Civil" (Trad. de Angela Romero Vera, Buenos Aires, 1955, Tomo I, Pág. 438.

La inestabilidad que a primera vista presenta la teoría sobre la nulidad procesal a través del tiempo es perfectamente explicable, puesto que al carácter de por sí indócil a todo intento de sistematización que ofrece esta materia, hay que agregar otras dificultades que contribuyen a agravar el problema dentro del sector de la ciencia del proceso.

En efecto, la circunstancia de que el acto procesal no se presente aislado sino unido a otros, como - el eslabón de una cadena (41), le imprime una fisonomía muy particular y diferente de los actos jurídicos en general, lo que impide que se le puedan aplicar a aquél, de manera indiscriminada, las mismas soluciones y principios pensadas para éstos.

Además, dentro de la disciplina procesal se ha observado inveteradamente una estrecha vinculación - entre la nulidad y las formas procesales, a tal punto - que no pocos autores consideran que la misión de la nulidad dentro del proceso consiste en privar de validez a los actos realizados con violación de las formas pre-

---

(41) "...constituyendo una serie continuada e individualizada por la unidad del fin", agrega Calamandrei: "Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo el nuovo Codice", Pág. 156.

cesales (42). En la actualidad se discute en el seno de la doctrina italiana si el fenómeno de la nulidad comprende únicamente a los vicios formales del acto o si, además de éstos, a los vicios extraformales o sustanciales. Lo cierto es que no sólo con relación a este tema sino del proceso entero ha sido sobrestimado el papel - que juega el aspecto formal; esta circunstancia la pone de relieve Guasp cuando advierte que la noción de forma procesal "reviste una importancia extraordinaria hasta el punto de haberse calificado erróneamente a todo el derecho procesal como derecho formal y a los requisitos formales como principios básicos del proceso, si bien - es exacto reconocer que, disipada esta exageración, la forma constituye una exigencia del mayor interés teórico y repercusión práctica" (43).

Por otra parte, el hecho de que en el proceso funcione un sistema de impugnaciones da lugar a fenómenos extraños, como el de la llamada absorción de la in-

---

(42) (Cfr. Rafael Gallinal: Manual de Derecho Procesal Civil, pág. 256. Para Hugo Alsina, "la misión de la nulidad no es propiamente asegurar la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley" - (Cfr. Las nulidades en el Proceso Civil, Buenos Aires, 1958) pág. 72).

(43) Derecho Procesal Civil, pág. 305.-

validación por la impugnación que concierne especialmente a la nulidad de sentencias y que ha sido un factor - determinante para que un gran sector de la doctrina mantenga el criterio de que en el derecho procesal no existen nulidades que no sean susceptibles de convalidación.

## CAPITULO II

### LA NULIDAD PROCESAL EN LOS SISTEMAS LEGISLATIVOS FUNDAMENTALES.

Si, como afirma Carlos Fiada (1), "la teoría de las nulidades es una de las más confusas de la moderna ciencia del derecho procesal", que se puede esperar entonces del derecho objetivo, espejo en donde se reflejan un tanto deformados los criterios doctrinales.

Ya Mortara (2) en su "Manuale della Procedura Civile", de finales del siglo pasado, advertía las razones que dificultan la labor del legislador en la regulación de esta materia y, aún hoy, Liebman (3) repite que

---

(1) Advierte este autor que "esta teoría es una de las más confusas de la moderna ciencia procesal, quizá por la falta de estabilidad de la doctrina analoga del derecho material, o bien por la falta de una construcción acabada y de criterio unanime de los procesalistas (Irregularidad de los actos procesales en el Derecho Español (Boletín de Justicia Municipal, Año V, Nº. 149, 21 abril de 1949, pág. 230 a 235.)

(2) (Op.Cit., pág. 56)

(3) Enrico Tullio Liebman: "Manuale Di Diritto Processuale Civile, Milano, 1957, Vol. I, pág. 213.



"es un grave problema de política legislativa, determinar las consecuencias de la inobservancia de las formas".

Pese a la extraordinaria variedad de matices que revela la evolución del derecho positivo a propósito de esta materia, se pueden reducir a cuatro las sistemas legislativos más importantes: el sistema del Derecho Romano, fundado en la idea de la omnipotencia de la Ley; el del Código de Procedimiento Francés, en el que prevalece la idea de que la nulidad sólo ha de producirse cuando ha sido prevista expresamente por el legislador; el sistema del derecho Alemán, dominado por los principios del derecho libre o de la disciplina judicial de las formas (4) y, por último, el sistema italiano que comprende dos etapas: la primera, que corresponde al "Codice di Procedura Civile" de 1865, que en este aspecto se inspira en la legislación y doctrina francesa, y, la segunda, correspondiente al nuevo Código, promulgado en 1941, que conserva algunos postulados del régimen anterior, pero en general trae ciertas innovaciones que están más a tono con la nueva teoría del acto procesal. Por último, nos referimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil que no contiene principios generales sobre la mate-

---

(4) Calamandrei: Istituzioni..... pág. 158 y sig.

ria, sino que señala soluciones para ciertos casos concretos (5).

a) Sistema del Derecho Romano:

En la legislación romana anterior al Código - justinianeo se da una solución lógica al problema de la nulidad inspirada en la idea de la prioridad de la ley sobre toda clase de pactos (6). No otra cosa se desprende de la máxima "quidquid fit contra legem nullum est", en virtud de la cual "todo acto contrario a la ley era considerado nulo", solución que quedó consagrada en el Código Gregoriano (7). Desde el punto de vista estrictamente procesal no hay duda de que en aquella época la regulación de la nulidad giraba en torno a la sentencia y a éste respecto sostiene Calamandrei que en las fuentes romanas hay constancia de que se sancionaba con la nulidad la sentencia viciada de "errores in procedendo"

---

(5) En este aspecto del tema seguiremos las ideas expuestas por Gallinal (Op.Cit., pág. 263), Hugo Alsina - (Op.Cit., pág. 51 y sig.) y sobre todo a Luis Mattirole; Tratado de Derecho Judicial, Tomo II, pág. 155 -157).

(6) Ver esta idea de la prioridad de la Ley en De Castro: Op.Cit., pág. 597.

(7) Su artículo 408 disponía: Toda contravención a la ley de procedimiento ocasiona la nulidad del acto. (Transcrito por Alsina: Op.Cit., pág. 52).

y de que la sanción de nulidad prevista por los textos romanos equivalía a la inexistencia jurídica, a la no producción de efectos (8). Interesa recordar que Obiavenda en su ensayo sobre "Las formas en la defensa Judicial del Derecho", pone de manifiesto el carácter eminentemente ritualista del derecho de aquellos tiempos, lo que trajo como consecuencia que la omisión de la más leve formalidad -de un gesto, una sílaba- ocasionara la nulidad.

Tan excesivo rigor lógico no podía subsistir por mucho tiempo, y, ya, en la recopilación de Justiniano se observa la tendencia a moderarlo (9), pero a la postre vino a provocar "otros excesos en sentido contrario".

Según Mattiolo, es entonces cuando surgen - los criterios de la "sospecha legal" y del "perjuicio económico" (10) que, al parecer, no llegaron a cuajar -

---

(8) Calamandrei: Casación Civil, pág. 23.

(9) Este Código distingue entre leyes prohibitivas e imperativas, agregando que las primeras llevaban implícitas la sanción de nulidad, mientras que las segundas no, a menos que el legislador la hubiese señalado (Mattiolo: Op.Cit., pag. 156).

(10) Estos principios son expuestos por Mattiolo: (Op. Cit., pag. 157) y según se desprende de este autor fueron refutados exhaustivamente en la Relación Pisanelli que acompañó al Código italiano de 1865.

en ninguna legislación, pero que eran frecuentemente invocados por los "parlamentos del 'ancien regime' francés, sobre todo el último, consagrado en la fórmula *pas de nullité sans grief*" (sin perjuicio no hay nulidad).

b) Sistema del Derecho Francés:

El codificador francés de 1806 se encontraba prácticamente ante una encrucijada: por un lado, tenía que solucionar a toda costa la confusión reinante en este asunto en vista de que los Parlamentos (Tribunales), se habían abrogado la facultad de declarar o rehusar la nulidad según su criterio, lo cual dió lugar a que se cometieran muchos abusos (11). Por otro lado, la solución que ofrecían los textos romanos era despreciada por la doctrina que la tachaba de excesivamente rígida. Ante esta dificultad optó por confiar la solución a la previsión del legislador: era él, a través de las disposiciones legales quien diría expresamente en qué casos procedía declarar la nulidad. Nace así el artículo 1.030 del Code de Procedure Civile de 1806 que adopta el principio "*pas de nullité sans texte*" en virtud del cual "los jueces no pueden declarar otras nulidades que las pronunciadas expresamente por la ley". En atención a este artículo y al 1029 que lo complementa, el juez

---

(11) Alsina refiere que contra tales abusos se hizo famosa la expresión: "Dios me libre de la equidad del parlamento" (Op.cit., pág. 52).

El francés tan sólo tiene facultad para constatar si se ha producido la violación de la norma jurídica y si ella sanciona con la nulidad su probable transgresión: si el resultado es positivo, no puede hacer otra cosa que decretar la nulidad del acto.

No es difícil percatarse que el codificador francés partía de una premisa falsa, lo cual daría al traste con su sistema al primer contacto con la realidad. Efectivamente, basaba su éxito en la idea de un legislador omnisciente, que podía prever todas las hipótesis de vulneración de la ley susceptibles de producir la nulidad, cuando la realidad es que ello no es fácil y ni siquiera posible tratándose del proceso. Bien pronto se advirtió que en muchos casos el Código no había sancionado con la nulidad la omisión de ciertos requisitos esenciales. Entró en juego, entonces, la labor integradora de los Tribunales: jurisprudencia y doctrina, al contacto con la cambiante realidad social, fueron elaborando reglas que minaron y acabaron por desvirtuar el sistema originalmente pensado por el codificador francés.

Surge así la distinción entre "nulidades esenciales" y "nulidades secundarias o accesorias": las primeras, originadas por la omisión de las condiciones o formalidades esenciales del acto eran tan evidentes -

que se entendían implícitas en el mandato legal; las segundas, producidas por la falta o defecto de un requisito secundario, accidental, estaban sujetas al principio consagrado en el artículo 1030. El hecho de que no estuviese prescrito un criterio legal para distinguir los "requisitos esenciales" de los "secundarios o accidentales" dió lugar a que se vinculara los primeros al concepto de orden público dependiendo en todo caso de la libre apreciación de los jueces. (12).

Por otra parte, la jurisprudencia en su afán de completar la falta de previsión del legislador estableció una segunda excepción al artículo 1030: "se entiende comprendida en la sanción de nulidad toda fórmula prohibitiva, como cuando el Código dice, no se podrá, no se admitirá, etc.

Pero aún fueron mas allá la jurisprudencia y la doctrina preparando el camino para el retorno a la máxima "pas de nullité sans grief", ya que a ello equivale lo dispuesto por el decreto ley de 30 de octubre -

---

(12) No sabemos hasta dónde sea cierta esta afirmación de Alsina. Nuestra opinión es que tal distinción se inspiró en la doctrina privatista sobre la nulidad de los contratos, tan en boga en la Francia de aquella época, doctrina que distinguía los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato y dió lugar a las tres categorías de nulidad: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

de 1935: "ninguna nulidad de citación o de acto de procedimiento será admitida si no se justifica que perjudique los intereses de la parte adversa. (13).

De todo lo anterior se desprende que el sistema de nulidad del derecho francés revela un extraordinario contrasentido: por una parte, la regla general es - que sólo son nulos los actos para los que la norma ha señalado expresamente esta sanción; por la otra, que pueden existir nulidades no contempladas expresamente por la Ley (las esenciales y las virtuales o implícitas) y lo que es más, que no todas las nulidades expresamente señaladas por la Ley deben ser declaradas como tales - por el Juez (es preciso que, además, perjudique los intereses de la parte adversa).

c) Sistema del Derecho Alemán:

Con relación a la Ordenanza Procesal Civil - Alemana (Zivilprozessordnung) refiere Alsina (14) que - "no contiene preceptos relativos a la eficacia de los - actos procesales, por lo que se entiende librada a los jueces la facultad de declarar la nulidad o ineficacia

---

(13) Véase cómo explica Alsina el retorno a esta máxima (Op.Cit., pág. 55)

(14) Cfr. Alsina: Op.Cit., pág. 59.

cuando la omisión de una formalidad obste a la marcha regular del proceso o de cualquier manera se restrinja el derecho de defensa de las partes". Situándose en el otro extremo, afirma Morón, siguiendo casi textualmente a Kisch (15), que la mencionada Ley procesal "fija las condiciones bajo las cuales los actos procesales son válidos"; y, a continuación, agrega el mismo Kisch que "puede suceder que un acto procesal no llene en algún caso los requisitos marcados por la Ley... lo que suele llamarse defecto o falta de procedimiento, procesal o formal". Más recientemente, Rosenberg (16) coincide en que, tanto los actos judiciales como los actos de parte resultan defectuosos cuando se han cumplido con violación de preceptos sobre procedimiento.

A primera vista, tales afirmaciones parecen conducirnos a una contradicción: las expresiones de Alsina denotan una especie de sistema en el que prevalece 'la libertad absoluta de las formas procesales', en cambio las de Kisch y Rosenberg parecen implicar la existencia de un orden procesal preestablecido, al cual deben ajustarse los actos procesales so pena de nulidad, ré

---

(15) Cfr. Morón: Op. cit., pág. 37. Véase Kisch: Elementos de Derecho Procesal Civil (Trad. de L. Prieto Castro), Madrid, 1940, Pág. 156.

(16) Cfr. Rosenberg: Op. Cit., Tomo I, pág. 438 y 443.



gimen que en poco o nada se diferenciaría del proceso civil común en el que impera la legalidad de las formas procesales. Aunque no está dentro de nuestro cometido fijar los puntos que separan a uno y otro sistema, conviene advertir que en la ZPO las formas procesales procesales no se dejan sin disciplina al arbitrio de las partes, sino que están sometidas en cada procedimiento a las reglas especiales fijadas caso por caso por el mismo juez delante al cual el procedimiento se inicia, lo que implica, según dice Calamandrei (17) un sistema intermedio entre el de "libertad de las formas" y el de "legalidad de las formas" y que él califica con el nombre de "sistema de la disciplina judicial de las formas". Es indudable que esta Ordenanza al fortalecer de manera tan notable el poder directivo del juzgador en el proceso, ha confiado enormemente en las bondades de su organización judicial. Ya decía en cierta ocasión Wach: "Ojalá que nuestros jueces hagan uso del poder que se les ofrece, de modo sabio y enérgico, en bien de la justicia y para evitar la injusticia" (18).

---

(17) Calamandrei: Istituzioni....., Pág. 158.

(18) Adolf Wach: "Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana" (Trad. Ernesto Krotschin, Buenos Aires, 1958, Pág. 62).

Por lo que estrictamente se relaciona con la nulidad procesal, la ZPO, hasta donde hemos podido observar (19) no contiene una regla de carácter general, a la manera del derecho romano o del código francés, y en ello se asemeja al criterio que sigue la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aisladamente se refiere a algunos defectos formales bajo la denominación de excepciones dilatorias (artículo 274), mencionando entre otros la "incompetencia del Tribunal", "la falta de representación legal", etc.

En cuanto a la subsanación de los defectos de forma, el artículo 295 dispone: "La infracción de los preceptos reguladores del procedimiento y de la forma de los actos procesales no podrá ser denunciada si la parte renuncia a la observancia del precepto de que se trate o no realma ésta, conociendo o debiendo conocer la falta, en la audiencia próxima que tenga lugar como consecuencia del acto defectuoso o en la que se haga referencia al mismo, a pesar de estar presente. Esta disposición no regirá cuando se trata de infracción de preceptos a cuya observancia no pueda renunciar validamen-

---

(19) Tan sólo hemos manejado el texto de la Zivilprozessordnung de 30 de enero de 1877, traducida por L. Prieto Castro y que aparece traducida como apéndice de la obra de James Goldschmidt: "Derecho Procesal Civil, Barcelona, 1936).

te la parte".

Además, la ZPO regula dos clases de acciones impugnativas autónomas: la demanda de nulidad (artículo 579) y la de restitución (artículo 580), que se equiparan a la casación en la forma y al recurso de revisión de la LEC y que, por tanto, contienen determinados supuestos de nulidad por vicios de forma.

Para terminar, cabe apuntar que las críticas que se le han formulado a este régimen de nulidades procesales, más bien están endilgadas contra todo el sistema procedimental alemán, sobre todo por el excesivo poder que se le concede al Juez (20).

#### d) Sistema del Derecho Italiano:

El estudio de la evolución cumplida por el derecho positivo italiano se hace indispensable para la mejor comprensión de la doctrina que se ha formado en torno a la nulidad del acto procesal en los últimos años. Veamos, pues, con detenimiento cada una de sus etapas legislativas:

---

(20) Se ha dicho que no está bien concederle al Juez funciones de legislador, se advierten los peligros que tras consigo el "gobierno de los jueces" (Cfr. Alsina: Op.cit., pág. 59). Para Mortara (Op.cit., pág. 57) al dejarse al Juez un excesivo arbitrio, se favorece, si no la mala fé, al menos la negligencia y la postergación hasta el infinito de las controversias. Tales críticas nos parecen un tanto excesivas.

a')- En el viejo código (1865): Aun cuando autores como Mattiolo atribuyen a Romagnoli (21) la paternidad del sistema de nulidades adoptado por el viejo código italiano de 1865, la verdad es que en este caso, - tal como lo ha reconocido Chiovenda y Andrioli, el codificador no hizo otra cosa que prohiar la tesis ya preparada por la doctrina y jurisprudencia francesa. Veamos si no, lo dispuesto en la norma principal que es el artículo 56: "No podrá pronunciarse la nulidad de ningún acto de citación ó de cualquier otro acto de procedimiento, si la nulidad no está declarada por la Ley. - Pueden, sin embargo, anularse los actos que carezcan de los elementos que constituyen su esencia. No puede pronunciarse la nulidad o la decadencia, si no ha sido denunciada por una de las partes, salvo que la ley declare que deba ser pronunciada de oficio".

En un primer momento se pensó que el régimen adoptado por este Código "era el más racional, según dice Mortara, porque procuraba mantenerse a distancia de los extremos marcados por la tesis del Derecho Romano y la tesis de la legislación austriaca que confería al Juez un arbitrio excesivo en la calificación de la nulidad".

---

(21) Ofr. Mattiolo: Op.cit., pág. 158.

dad" (22).

Mattirolo, que es otro de sus defensores, reduce a dos fórmulas concretas la teoría del antiguo Código:

a'') La falta de las formalidades esenciales anula el acto, aunque la ley no haya declarado expresamente tal nulidad; y

b'') La falta de las formas accidentales sólo da lugar a la nulidad del acto cuando el legislador ha declarado expresamente la nulidad misma o ha autorizado a los Jueces para declararla (23).

Es indudable que la piedra angular de este sistema reside en el concepto que se tenga de "forma esencial" y "forma accidental" (24). Y, a pesar de que Mortara y Mattirolo coinciden en sus definiciones, Chiovenda expresa que "el determinar si una forma es esen-

---

(22) Mortara: Op.cit., pág. 56-57. Vol. I.

(23) Mattirolo: Op.cit., pág. 159.

(24) "Formas esenciales, son aquéllas sin las cuales el acto degenera en una naturaleza esencialmente distinta o carece de las condiciones indispensables para conseguir el fin a que se dirige la Ley; y, - "Formas accidentales, son las que no constituyen la esencia del acto y se encaminan sólo a circunscribirle de mayores garantías para asegurar mejor la consecución del fin a que el acto se destina," (Mattirolo; pág. 158). Igual sentido en Mortara: Op.cit. pág. 59.

cialmente o moralmente accidental se le deja al Juez, y es cosa muy difícil, pues a menudo la esencia de un acto quede corresponder o no un elemento, según el modo - que lo haya considerado el legislador, y la indagación de esta voluntad es fácilmente empírica y subjetiva". - (25).

Por esta brecha que abrió Chiovenda surgieron los comentarios desfavorables y en la actualidad todos los procesalistas italianos están de acuerdo en que tales nociones son mudables e imprecisas y no han hecho - otra cosa que aumentar la confusión que ya reinaba (26). La verdad es que, a nuestro parecer, este artículo no - logró superar el enorme contrasentido a que arribó el - sistema francés. Con razón expresa Redenti que es una disposición que "dice tutto e dice niente" (27).

El resto del artículo aunque adolece de ciertos defectos, demuestra un avance notable que servirá - de pauta a la codificación posterior (28). Al menos - con este Código se reafirma el principio, ya latente en la doctrina francesa, de que "no todos los vicios de -

---

(25) Chiovenda: Instituciones.... pág. 110, Tome III.

(26) Liebman: Op.cit., pág. 214. Y en el mismo sentido - Virgilio Andrioli: "Commento al Codice di Procedura Civile", Napoli, 1954, pág. 411.

(27) Enrico Redenti: "Profili Pratici del Diritto Processuale Civile, Milano, 1939, Pág. 520.

(28) Es muy importante el artículo 58 que dispone: "La nulidad de un acto no comporta la nulidad de los -

forma de los actos sufren o deben sufrir la sanción de la nulidad", que desvirtúa la idea prevaleciente desde el derecho romano de que existía una relación de causalidad entre la violación de la ley y la nulidad.

b') En el nuevo código (1941): La inconformidad de la doctrina posterior al Código de 1865 se hace patente en los proyectos de reforma que fueron preparando el camino al de 1941. Ya en el proyecto del Ministro Selmi, que transcribe Redenti (29), el artículo 78 disponía: "Aun cuando sea conminada expresamente por la Ley, la nulidad de un acto por inobservancia de formas, no puede ser pronunciada, si el acto ha alcanzado el efecto a que estaba destinado"; y en el "Proyecto de Código Procesal Civil" formulado por Carnelutti (30) se obser-

---

( actos precedentes, ni de los consecutivos independientes del mismo. El acto nulo no puede ser renovado, si ha vencido el término perentorio para hacerlo, salvo los casos determinados por la ley". El primer inciso sienta las bases del principio de la "extensión de la nulidad" que luego desarrolla el artículo 159 de la nueva legislación.

(29) Redenti: Profili..... pág. 702.

(30) "Artículo 149: Si una forma dada es prescrita por la Ley sin conminatoria de nulidad, el juez puede tener por válido un acto, cuando esté convencido - que, pese al defecto de forma, el acto haya igualmente alcanzado su fin.

"Artículo 150: También si una forma dada es prescrita por la ley bajo pena de nulidad, el juez no puede declarar la nulidad sin instancia de parte,

va un criterio parecido.

En los designios que inspiran el nuevo Código se observa el deseo de encontrar una pronta y eficaz solución a dos graves problemas: primero, se hace necesario excogitar un criterio preciso o menos confuso que - aquél de los "elementos esenciales y accidentales" que sirva de pauta al juzgador para valorar la nulidad de los actos procesales; y, segundo, el nuevo sistema debe estar a tono con los deseos de simplificar las formas procesales que se muestran en todo el corpus. En la misma Relación del 'Ministro Guardasigilli' Grandi que lo acompaña se advier "que la nulidad de los actos procesales no ha sido establecida por un siego obsequio a la forma considerada en sí misma, sino en vista del fin práctico que el acto está destinado a alcanzar en el proceso....." (31).

Consecuentemente, el artículo 156 -que sustituye el 56 del viejo código dispone: "No puede ser promun

---

cuando no sea expresamente autorizado para declararla de oficio. Tal instancia no puede ser propuesta por la parte que haya dado causa a la nulidad o que haya, expresa o tacitamente, renunciado a hacerlo." (Progetto del Codice di Procedura Civile, presentato alla Sottocommissione Reale; Padova 1926..

(31) La relación Grandi en la obra: "Il Nuovo Codice di Procedura Civile", publicado por Ulrico Hoepli, Milano, 1941..



ciada la nulidad de un acto procesal por inobservancia de forma, si la nulidad no ha sido conminada por la ley". "Sin embargo, puede ser pronunciada cuando el acto carece de los requisitos formales indispensables para la consecución de su fin". "Nunca podrá ser pronunciada la nulidad, si el acto ha alcanzado el fin que se le ha destinado".

Al examinar los dos últimos párrafos de este artículo, salta a la vista que se ha reemplazado "el concepto metafísico de la esencia, por aquel más claro y práctico del fin del acto", tal como asegura Liebman (32). Es innegable que el principio fundamental que se desprende de este artículo consiste en que "la consecución del fin impide siempre, en todo caso, el pronunciamiento de la nulidad formal del acto" (33). Cabe observar a este respecto que, así como el codificador de 1865 se cuidó de establecer "que debía entenderse por elemento esencial del acto", de igual manera, el de 1941, tampoco ha precisado lo que debe entenderse por "fin del acto". La doctrina, en términos generales, se limita a definirlo como "el fin que resulta objetivamente

---

(32) Liebman: Op.cit., pág. 215.

(33) Según Furno ya este principio había sido adoptado anteriormente en el Código de Proced. Penal Italiano de 1930, cuyo artículo 187 dispone: "La nulidad no puede ser pronunciada si el acto ha alcanzado -

te querido por la Ley y no aquél que la parte pueda haber querido subjetivamente alcanzar" (34). No obstante, hay dos autores que dedican una consideración especial a este concepto. El primero de ellos, Salvatore Satta (35) considera un término impropio la expresión que emplea el legislador italiano "ya que parece denotar la voluntad de quien ejecuta el acto". En todo caso, agrega Satta, ha debido referirse a "la función del acto" - para precisar que se trata del fin objetivo de la ley. El segundo, Nicolas Jaeger (36), arriba a la conclusión de que para determinar "el fin que persigue el acto es preciso tener en cuenta la función específica de cada uno de los actos en la serie o sucesión de actividades que es precisamente el proceso. En todo caso habría que contar con una clasificación de los actos procesales formulada en atención a su destino técnico (es decir, según la función que cumplan dentro del proceso).

El otro principio, muy ligado al anterior, sobre el cual se asienta el régimen de nulidades del nue-

---

el fin al cual está destinado" (Op.cit.,pág.417).

(34) Forno: Op.cit.,pág. 417. En el mismo sentido Liebman: Op.cit., pag. 215.

(35) Satta: "Diritto Processuale Civile", pág. 187-188.

(36) Jaeger: Diritto Processuale Civile, pág. 357-358.

vo código es el de la "instrumentalidad de las formas" que subordina la invalidez de un acto procesal no a la simple inobservancia de la forma, sino a la relación --comprobada caso por caso-- entre el vicio y el fin del acto y sancionando con la nulidad solamente cuando el acto, por efecto del vicio, no haya podido conseguir su fin (37). A este mismo principio, un tanto vago e impreciso, se refiere Satta cuando dice que el "régimen de las nulidades procesales está condicionado" por la "atipicidad de los actos procesales y la tendencia anti-formalística del proceso" (38). Esta tesis ha sido rebatida recientemente por Carlo Furno (39) quien ha tratado de comprobar que es un mito la afirmación de que en la nueva legislación italiana impera el principio de la "libertad de formas" --a que se refiere el artículo 121 del nuevo código--. Según este autor tampoco hay tal "atipicidad de los actos procesales", como erróneamente afirma Satta, sino "una objetiva funcionalidad de los actos procesales o sea, la subordinación de la forma a

---

(37) Liebman: Op.cit., pág. 214.

(38) Satta: Op.cit., pág. 185.

(39) Según Furno, la norma del artículo 121 no es sólo superflua, sino falsa y peligrosa, ya que se funda sobre una visión profundamente errada de la realidad procesal italiana (Op. Cit., pag. 418-420).

la función o fin (objetivo, legal) de cada acto en particular" (40).

Por otra parte, en doctrina se discute si la nulidad que consagra el artículo 156 afecta exclusivamente a los "vicios formales" o, si además, comprende - los vicios extraformales, especialmente los que afectan la voluntariedad del acto. Para los nuevos procesalistas, -especialmente Furno, Satta, Iugo y Andrioli- esta norma únicamente se refiere a la "nulidad por vicios de forma" y deja fuera de la regulación positiva los vicios de sustancia: error, violencia, dolo, defecto de legitimación (41), no siendo posible la aplicación analógica de normas del Código Civil. En cambio, para Carnelutti, la jurisprudencia italiana no tiene más remedio que extender a los requisitos no formales del acto la aplicación de la norma antes mencionada y además, que es posible aplicar a los actos del proceso las normas del Código Civil (42). Redenti (43), en sus comentarios al ar-

---

(40) Furno: Idem a la nota (39).

(41) Tal como afirma textualmente Andrioli: Op.cit., - pag. 411.

(42) Carnelutti: Instituciones del Nuevo... pág.307.

(43) En cuanto a la nulidad de sustancia el sistema de la ley puede ser completado con la aplicación analógica de las normas referentes al negocio jurídico (si bien esta operación ha de hacerse con extrema prudencia) (Redenti: Profili....Pág. 518).Al Código de 1941 se refiere en su obra: "Diritto Processuale Civile, Milano, 1949, Pág. 143.

título 56 del Código de 1865 se pronuncia en igual sentido que Carnelutti, pero guarda silencio en sus comentarios al Código de 1941 -aunque, a decir verdad, al distinguir la nulidad por defecto de forma de la nulidad - por incapacidad de las partes o por defecto de contenido, acepta tácitamente la tesis de Carnelutti.

De lo anterior se deduce que el sistema adoptado por el derecho positivo italiano tampoco está exento de imperfecciones, por cuanto que el concepto de "fin del acto" dista mucho de ser, como se ha dicho, un criterio práctico y claro para valorar las nulidades y el llamado principio de la "instrumentalidad de las formas procesales" no ha sido perfilado en sus precisos contornos por el legislador ni la doctrina. Pese a todo, este régimen es uno de los más aceptables de cuantos se hayan formulado: al menos tiene el mérito indiscutible de haber afrontado el problema de la nulidad, no con criterios radicales -a la manera del Derecho Romano o del artículo 1030 del Código Francés -que a nada conducen, sino procurando someterlo a un sistema equilibrado y científico, congruente con la teoría del acto procesal que se regula en el Título VI del Libro Primero(44).

---

(44) Hasta entonces la nulidad se configuraba como una pena, una sanción, de ahora en adelante será considerada simplemente como el "resultado lógico del incumplimiento de los requisitos del acto procesal",

Además, en los artículos pertinentes del Código se observa una marcada tendencia a limitar hasta el máximo - las posibilidades de que se produzca o subsista la nulidad, a tal punto que en el ámbito de las sanciones procesales, la nulidad aparece más como excepción que como regla general. (45) Así vemos que el artículo 157 prescribe: "No puede pronunciarse la nulidad sin instancia de parte, a menos que la ley disponga que sea pronunciada de oficio. Solamente la parte en cuyo interés se ha establecido un requisito puede oponer la nulidad por falta del requisito mismo, pero debe hacerlo en la primera instancia o defensa sucesiva al acto o al momento en que haya tenido noticia de él. La nulidad no puede ser propuesta por la parte que la ha ocasionado o por aquélla que ha renunciado expresa o tácitamente a hacerlo....". Por su parte, el artículo 159 revela un avance notable en el afán de restringir su extensión: "La nulidad de una parte del acto no afecta a las otras partes que son independientes. Si el vicio impide la producción de un efecto determinado, el acto puede, no obstante, producir los otros efectos para los cuales es -

---

idea que ya presentía Chiovenda, tal como se desprende de su ensayo sobre "las formas.....".

(45) Cfr. Satta. Op.cit., pág. 185.

idóneo". Con relación a la nulidad de sentencia, el artículo 161 establece: "la nulidad de las sentencias sujetas a apelación o a recurso de casación solamente se puede hacer valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación", con lo cual se prohija la fórmula de la "absorción la invalidación por la impugnación" que se venía cumpliendo en la práctica desde hacía mucho tiempo.

Por último, hay que tener en cuenta que todas las asperezas e imperfecciones del sistema legislativo italiano en la práctica pueden linarse mediante el poder discrecional que se le atribuye al juez para valorar caso por caso la procedencia de la nulidad (46).

e) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil:

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en vigor desde el 1º de abril de 1881, no ofrece un verdadero sistema de nulidades, ni es fácil construirlo partiendo de sus disposiciones sobre la materia. A diferencia de lo que hemos visto en el Derecho Romano<sup>y</sup> en los códigos extranjeros que le anteceden en el tiempo como el de Francia (1806) e Italia (1865), la LEC no contiene a este respecto, disposiciones de carácter general sino reglas

---

(46) Cfr. Farnó: Op.cit., pág. 417.

específicas y dispersas que no responden a una concepción única y definitiva del problema (47).

Fiel a la tradición jurídica española la LEC, adopta la misma postura de la vieja Ley de 1855 que tampoco prescribía normas de carácter general, sino que se refería a casos concretos de nulidad, como el artículo 8º que establecía: "las actuaciones judiciales han de practicarse en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad" (48).

Por otro lado, Manuel Morón (49) ha criticado la actitud de la mayor parte de los procesalistas españoles modernos que conciben la nulidad como una consecuencia del incumplimiento de los requisitos de los actos procesales en vista de que, en su opinión, montan su construcción jurídica, no sobre la base del derecho positivo español, que "no se ocupa del concepto de acto procesal ni de sus requisitos", sino sobre otra base -

---

(47) Cfr. Alcalá Zamora Castillo; Adiciones al Derecho Español en la obra de Carnelutti: Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág.

(48) Ley de Enjuiciamiento Civil (Edición Oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1855. El artículo transcrito es idéntico al 256 de la Ley vigente. El artículo 24 de la Ley derogada sobre la "nulidad de las notificaciones", fue a su vez reemplazado por el 279 de la actual, con algunas variantes.

(49) Op.Cit., pág. 79.



ideológica, lo que les resta fundamento e importancia - práctica. A nuestro parecer la postura de Morón es demasiado extremada; quizás este autor no se haya percatado de que el acto procesal responde a un concepto empírico, fundado en la realidad, y que por tanto existe aunque - un determinado derecho objetivo no lo defina expresamente; y que, en consecuencia, es dable manejar este concepto tanto al examinar aquellas legislaciones que no lo reconocen de manera expresa, como sucede con la LEC, cuanto de aquéllas que lo regulan de manera rudimentaria e imperfecta, como ocurre aun con el moderno código italiano, al decir de Carnelutti (50). En este sentido, no cabe la menor duda de que también en el seno del derecho español se pueden considerar aquellas "actividades que realizan las partes y el Tribunal para preparar, iniciar, impulsar y terminar el procedimiento", (actividades que no son otra cosa que actos procesales (51) pese a que la ley no lo reconozca 'expressi verbis'.

Es más, importa señalar que en el sistema procesal español es irrefutable el hecho de que la realización de tales actos no se deja al arbitrio exclusivo de

---

(50) Cfr. Carnelutti: Instituciones, pág. 246.

(51) Es, en términos generales, la definición de acto procesal que adopta Prieto Castro: *Questiones de Derecho Procesal*, pág. 65.

las partes o del juez, sino que, por el contrario, la LEC establece infinidad de normas sobre la forma como deben cumplirse, el tiempo y el lugar en que deben realizarse, etc. Y qué son estos, sino requisitos de los actos procesales que la LEC ha prescrito, -verdad que en forma esporádica e inconexa-, pero que un autor puede clasificar de manera sistemática para su más fácil comprensión. De allí que en este sentido no nos parece tan huérfana de respaldo en el derecho positivo la postura de la mayoría de los procesalistas españoles de hoy, ni que sus teorías sobre la nulidad del acto procesal, fundada en el incumplimiento de sus requisitos, tengan un exclusivo valor didáctico como pretende hacer ver el mencionado autor.

Ahora bien, coincidimos con Manuel Morón en que una construcción doctrinal así elaborada no revela ni con mucho, la verdadera situación que emana de la legislación vigente. El juzgador español, ante la circunstancia de que no cuenta con una norma general que le sirva de pauta, ha de resolver otros problemas más complicados que la simple constatación de si en el acto concurren los requisitos procesales que en él debieron concurrir. Advierte Guasp que "es en todo caso una cuestión de interpretación la de decidir si un acto, por falta de alguno de los requisitos necesarios es nulo y

que grado de nulidad es el que le corresponde (52). Pero, es evidente que toda interpretación ha de estar precedida de la elección de la norma aplicable a cada caso concreto y de allí la necesidad de estudiar detenidamente los artículos pertinentes de la LEC.

Por este camino, -ya trazado por Morón (53) y que nosotros nos limitamos a seguir-, la primera dificultad que salta a la vista es la de determinar si el artículo 4º del Código Civil que reputa nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, se aplica o no a los actos procesales. Ya en el capítulo anterior advertíamos que, por regla general, los civilistas se manifiestan a favor de su aplicación irreservista a todas las disciplinas, mientras que los cultivadores de estas últimas se oponen a ello. Morón critica la posición de Guasp (54) y se manifiesta rotundamente en contra de la aplicación de esta regla en el proceso civil. Nosotros

---

(52) Guasp: "Comentarios....., Tomo I, Pág. 674.

(53) Morón se refiere a este tema en los capítulos IV y V de su obra. Págs. 79 y sigs.

(54) Pese a la actitud de Morón, nos parece que Guasp -lo que hace en sus Comentarios (Pág.673) es poner en duda la aplicación del artículo 4º del CC a los actos procesales. No hay más que observar que en su obra mas reciente Guasp afirma textualmente; "Es muy dudoso que sea aplicable al problema procesal la norma del artículo 4º del CC....." (Derecho - Procesal Civil, Pág. 313).

opinamos que, en efecto, a esto que aparenta ser un traspaso sin importancia, se oponen razones sustanciales: -ejem, la economía que debe imperar en el proceso, la especial fisonomía de los actos procesales, etc., razones que alientan la tendencia imperante en la moderna ciencia procesal de limitar hasta el máximo la nulidad de los actos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra sumamente confusa ya que "en algunos casos ha patrocinado esa aplicación, si bien, por regla general, la ha repulsado" (55). Lo cierto es que la única razón que explicaría, ya que no lo justifica, la admisión del artículo 4º en el ámbito procedimental es la circunstancia de que la LEC no contiene una norma de carácter general sobre la materia y ya, entonces, el problema no resulta tan sencillo, tal como veremos a lo largo de nuestros comentarios.

Al entrar en el estudio exegético de la LEC, Manuel Morón adopta la siguiente clasificación:

- a') Actos cuya nulidad está, expresamente, declarada - en la Ley: Los actos no autorizados por el funcio-

---

(55) La sentencia del 1º de marzo de 1954 se muestra a favor, en cambio la de 24 de octubre de 1932 en contra de la aplicación del artículo 4º del CC a la nulidad de los actos procesales. (Morón: Op.cit. pág. 84).

nario a quien corresponda dar fe (art. 249); los practi-  
cados en días y horas inhábiles (art. 256); las notifi-  
caciones, citaciones y emplazamientos no practicados -  
con arreglo a lo dispuesto en la sección 3ª. del Título  
IV del Libro I; (art. 279); los practicados bajo la in-  
timidación o la fuerza (art. 442); los verificados ante  
órgano jurisdiccional incompetente por razón de la mate-  
ria (art. 74), etc. En todos estos casos, "a pesar de  
que la ley habla expresamente de nulidad, no siempre se-  
rá fácil averiguar si se trata de nulidad absoluta o re-  
lativa; en la duda, afirma Guasp, dada la tendencia del  
derecho positivo español, es preferible inclinarse por  
la simple anulabilidad (56).

b') Actos cuya nulidad está implícita en la Ley: Un -  
punto más delicado que se le presenta al juzgador  
es el de determinar si a la par de las nulidades expre-  
sas, existen las nulidades implícitas o virtuales, es -  
decir, si procede declarar la nulidad de aquéllos actos  
para los cuales la ley ha previsto su imperfección, su  
realización ilegal, pero ha guardado silencio respecto  
a las consecuencias de tal imperfección, o bien, la nu-

---

(56) Guasp: "Comentarios..... Pág. 674.

lidad no ha sido prevista expresamente, tan nítidamente como en el supuesto anterior. En nuestra opinión, no hay ninguna razón que haga suponer que en el derecho positivo español rige el principio "pas de nullité sans texte" que consagró el artículo 1030 del Código Francés y que posteriormente desvirtuó la doctrina y la jurisprudencia. Nada se opone, pues, al reconocimiento de nulidades implícitas en el ordenamiento procesal español. Dentro de esta categoría Morón distingue:

a'') Los actos nulos por haber sido privados de sus efectos normales: Entre ellos se cuentan los actos que se verifican con quebrantamiento de las formas esenciales de procedimiento (art. 1693); las sentencias que adolezcan de los vicios que hacen posible el recurso de revisión (Título XXII, Libro II de la Ley (art. 1796); los actos procesales de iniciación que ocasionan la precesencia de excepciones dilatorias (art. 533 y 534) (57); por último, el citado autor incluye en este aparte a los actos del juicio ejecutivo en el que concurre alguna de las causas de nulidad de dicho tipo de proceso, -

---

(57) Morón enumera los supuestos contenidos en el artículo 533 y en el 534 de la LEC, pero excluye expresamente "la falta de competencia territorial, ya que a su juicio no provoca la nulidad procesal (Op. cit., pag. 93).

conforme al artículo 1467 de la LEC. Con relación a estos cabe advertir ciertas irregularidades en el sistema que sigue la LEC, puestas de manifiesto por Guasp (58), y que han pasado inadvertidas a Morón. En primer lugar, los supuestos que enumera el artículo 1467 parecen referiirse, y en efecto se refieren algunos de ellos (numerales 1º y 2º) a la nulidad civil y no a la nulidad procesal, en cambio, el artículo 1464 referente a las excepciones, que debiera contener, este sí y no el 1467, verdaderos motivos o defensas de fondo, menciona algunos - como la "incompetencia de jurisdicción" (ord. 11) que - constituye un verdadero motivo de nulidad procesal. Tan solo haciendo esta advertencia se puede aceptar lo que afirma Morón.

b'') Actos procesales nulos por ser posible su impugnación mediante el recurso de nulidad, conforme a los artículos 495 y 821 de la LEC. A mi juicio esta clase de actos difícilmente encuentran una sanción de nulidad implícita en la ley. En todo caso, el único supuesto que aparece claro es el que se produce cuando un juicio se tramita por las reglas del de menor cuantía correspon-

---

(58) Cfr. Guasp: Derecho Procesal.... Pág. 806.

diendo las del de mayor cuantía (59). A parte de que - la naturaleza jurídica de tal recurso de nulidad no está lo suficientemente definida en la LEC.

c'') Los actos afectados por la nulidad de otro acto - del mismo proceso. Nadie duda que la LEC reconoce tácitamente la existencia de nulidades derivadas. - Ello se desprende del artículo 859 y mas claramente del art. 1766, referente al recurso de casación por quebrantamiento de forma que ordena reponer el proceso "al estado que tenía cuando se cometió la falta". Aunque no hay una norma que lo diga expresamente, es evidente que los autos realizados con posterioridad "al momento en - que se cometió la falta "resultan sin ningún valor, es decir, nulos. En la legislación española, las nulidades derivadas son más frecuentes de lo que pudiera pensarse ya que no rige una norma como el artículo 159 - del código italiano que reza: "La nulidad de un acto no lleva consigo la de los actos precedentes ni la de los sucesivos que sean independientes", de allí "que exis--

---

(59) Con buen criterio Morón advierte que el art. 821 - que da lugar al recurso de nulidad dentro del juicio arbitral no constituye un verdadero supuesto - de nulidad procesal, por cuanto que el compromiso es de naturaleza civil. Por lo demás, ha sido derogado por la Ley de 22 de diciembre de 1953 (Op.cit. pag. 95).



tan en el sistema procesal español numerosos supuestos de verdadera nulidad de procedimiento y no meramente de los actos singulares que lo componen" (60).

d'') Cabe mencionar por último los actos simplemente irregulares: No hay duda de que tales actos, aun cuando no son nulos en sentido estricto, -y tal vez por ello - los omite Morón-, si tienen cabida dentro de la problemática de la nulidad procesal, como una de las tantas consecuencias de la imperfección de un acto. Atinadamente advierte Guasp (61) que "hay requisitos que la ley quiere hacer observar, pero no bajo pena de nulidad y por ello prescribe penas o correcciones disciplinarias. Estos casos no deben ser raros en la legislación española por cuanto que, precisamente, a las "correcciones disciplinarias" dedica la LEC su Título XIII del Libro I. Concretamente, Guasp se refiere al artículo 372 que enumera ciertos requisitos de forma que se han de cumplir en la elaboración de las "sentencias definitivas". También nos parece que el incumplimiento de tales requisitos por regla general, da lugar a la simple irregularidad de

---

(60) Cfr. Guasp: "nota-comentario No.217, en la obra de Carnelutti: Instituciones del Nuevo.... Pág. 309.

(61) Cfr. Comentarios.... Pág. 674.

la sentencia, sancionable mediante corrección disciplinaria de conformidad con el artículo 273 de la misma ley. No opina igual Prieto Castro (62) para quien el incumplimiento de tales requisitos da lugar a la "anulabilidad de la sentencia. Aunque aceptamos que en todo caso es cuestión de interpretación excogitar la consecuencia jurídica que corresponda, vemos muy difícil que amparándose en la trasgresión del artículo 372 se pueda declarar la nulidad de una sentencia. En cuanto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede afirmar - que ha habido una completa uniformidad en considerar - "a los defectos cometidos en la redacción de los fallos", únicamente como merecedores de corrección disciplinaria (Sentencia de 22 de octubre de 1914) (63). El fallo de fecha 6 de marzo de 1941 expresa: "Nuestra LEC distingue perfectamente los que pudieran llamarse vicios de producción de la sentencia, en que puede fundarse un recurso de casación amparado, en este caso, por los artículos 359 y por los núms. 2º a 4º del 1692 de la LEC, y los defectos de la propia resolución, como acto escrito, que es materia ajena a la casación y reservada a la vigilancia

---

(62) Prieto Castro: Cuestiones de Derecho Procesal, Pág. 72.

(63) Sentencias transcritas por Miguel Fenech: Jurisprudencia Procesal Civil del Tribunal Supremo, Tomo - II, Pág. 3511.

cia interna de los Tribunales por lo dispuesto en el artículo 373 (64).

Ahora bien, es indudable que el legislador español no ha previsto todas las posibles infracciones a la ley que deben dar lugar a la nulidad del acto. Esta imposibilidad que emana de la misma imperfectibilidad humana dice al traste con el sistema francés que, por otra parte, no es acogido por la LEC. De otro lado, como tampoco se acepta la solución romanista, según la cual "todos los actos contrarios a la Ley son nulos", solución que parece recomendar el artículo 4º del CC y al no existir en la LEC una norma de carácter general que la suplante, surge la incertidumbre legal que algunos, y, especialmente, Manuel Morón ha pretendido obviar elaborando, mediante la interpretación analógica, una especie de postulado al cual se acogería el Juez al momento de valorar las imperfecciones de los actos procesales que no tienen una sanción expresa o implícita en la LEC. Según este postulado "cuando la irregularidad procesal que en el proceso se ocasione suponga violación de alguno de los principios procesales previstos en los casos de nulidad expresa o virtualmente contemplados, -

---

(64) Cfr. Fenech: op. cit., pág. 3519.

esa irregularidad supone y ocasiona nulidad procesal".

(65). Sinceramente, y sin que ello signifique menospre-  
ciar la loable labor interpretativa de este autor, cre-  
mos que de poco o nada serviría la norma por él formula-  
da. Sería prácticamente imposible, cada vez que se pre-  
senta una irregularidad, tratar de averiguar los princi-  
pios que sanciona el legislador con la nulidad, para en-  
tonces decidir. Además, no siempre la violación de un  
principio procesal dará lugar a la nulidad del acto. A  
nuestro juicio, la única solución posible a este proble-  
ma hay que buscarla en la facultad discrecional de que  
está investido el juzgador para valorar caso por caso  
la validez o invalidez de los actos procesales. Pocas  
cuestiones, como la nulidad, están tan matizadas por ra-  
zones de oportunidad que sólo el Juez situado ante el -  
caso concreto, puede prever (66). En definitiva, el -  
problema no consiste tanto en formular una norma de ca-  
rácter general sobre la nulidad, sino en estructurar en  
una forma ordenada y coherente los requisitos de los ac-  
tos procesales, agrupándolos y terminando, de una vez -  
por todas, con esa extraordinaria dispersión que nues-

---

(65) Morón: Op.cit., pág. 112.

(66) Cfr. De la Plaza: Derecho Procesal Civil Español,  
Vol. I, Pág. 432.

tra la LEC.

El estudio de la nulidad realizado a la luz - de las disposiciones que contiene la LEC resultaría de todo punto incompleto si no se hace referencia a esos - dos medios de ataque a los que el legislador español - atribuye, al menos aparentemente, la calidad de acciones impugnativas de carácter extraordinario, idóneas para - hacer valer la nulidad de los actos procesales; nos re- ferimos, naturalmente, al recurso y al incidente de nu- lidad de actuaciones. En cuanto al primero, su aplica- ción se reduce a la hipótesis contemplada en el artícu- lo 495 de la LEC (67) y, no es por tanto un recurso in- dependiente sino, a lo sumo, "una variante positiva de la apelación", tal como refiere Guasp (68).

Mayor dificultad se confronta al pretender de- finir la naturaleza jurídica del llamado "incidente de nulidad de actuaciones" que autoriza el ordinal 1º del artículo 745. Para Sierra Pomares, no existe diferen- cia esencial entre este incidente y el recurso de nulidad; Miguel y Romero sostiene, por el contrario, que na- da tiene que ver el uno con el otro (69); Penech (70) - por su parte, nos revela que de acuerdo con la jurisprudencia

---

(67) La Lge. se refiere también al recurso de nulidad a propósito del juicio arbitral (art. 821), pero este precepto resultó derogado por la ley de 22 de di- ciembre de 1953 (Ofr. Morén: Op. cit. pág. 156).)

(Notas 68, 69 y 70 en la página siguiente)

dencia del Tribunal Supremo, "el incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de su tramitación incidental, constituye un recurso extraordinario, que sólo puede ser utilizado cuando, interpuesto los ordinarios, no se haya logrado la subsanación o declaración de nulidad". Es muy probable que la verdad esté en último caso del lado de Guasp, quien advierte que este incidente no es un verdadero recurso "no porque en la práctica no se utilice a veces como tal, sino por su misma amplitud, ya que con él se atacan no sólo resoluciones judiciales, sino otros actos o series de actos distintos" (71). Lo que si es cierto es que casi todos los que de una u otra forma han examinado éste, coinciden con Gimeno Gamarra (72) en que es una de las instituciones más defectuosa-

---

(68) Derecho Procesal, Pág. 1406.

(69) Véanse las opiniones de Sierra Pomares y Miguel Romero en la obra de Morón: Op. cit., pág. 156.

(70) Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo, Tome IV, pág. 5906. Entre las sentencias más recientes que Fenech transcribe se cuentan la de 21 de Febrero de 1942 y 23 de octubre de 1950.

(71) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, pág. 1024.

(72) El incidente de nulidad de actuaciones (Rev. de Derecho Procesal, Madrid, 1949, pág. 511. En el mismo sentido, Guasp (Comentarios, pág. 1024) considera al incidente de nulidad como una de las instituciones más dañosas de la LEC.

mente reguladas por la LEC.

Posteriormente, haremos alusión a este punto a propósito de los medios de invalidación de la sentencia viciada de nulidad; por ahora estimamos de mayor interés poner de relieve que la dispersión y falta de sistema que observa la LEC en el tratamiento de la nulidad ha tenido una desastrosa repercusión en las legislaciones de Hispanoamérica: "nuestro Código de procedimiento, refiere Alsina (73) a propósito del derecho positivo argentino, no consagra un título a la materia de las nulidades; sus disposiciones son aisladas, dispersas, y no responden a un sistema ni obedecen a un método." Una sistemática más rigurosa observa el Código de Procedimiento Civil para el Distrito Federal de México que regula la materia en los artículos 74 y siguientes del Capítulo II que trata de las "actuaciones y resoluciones judiciales" (74). También el codificador colombiano pareció tener en cuenta la necesidad de reglamentar el -

---

(73) "Las nulidades en el Proceso Civil, pág. 63.

(74) Este Código vigente desde el 1º de octubre de 1932, revela un notable influjo de la doctrina italiana que se elaboró en torno al Código de 1865 y que preparó el camino al Nuevo Código de 1941; veamos si no el texto del artículo 74 que prescribe: "Las actuaciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales, de manera que queden sin defensa cualquiera de las partes, y cuando la ley expresamente lo determine, pero no podrá ser invocada esa nulidad por la parte que dió lugar a ella". (Edit. Porrúa, S.A., México, 1956).

asunto de las nulidades de manera independiente y autónoma, pero se observa que no tuvo el acierto de ubicarlo en el lugar que le correspondía, insertándolo en el Capítulo VII del Título XII que trata de los "incidentes" (75). Pero lo verdaderamente curioso es que, tanto en Hispanoamérica como en España, los procesalistas formulan las mismas críticas contra el recurso y el incidente de nulidad: "nuestros Códigos, advierte Ibáñez Froehman (76), han legislado al incidente de nulidad, - con notorio defecto de técnica legislativa, confundido y perdido dentro del recurso".

El panorama del derecho vigente en los países hispánicos contrasta notablemente con la rigurosa técnica legislativa observada en algunos proyectos de codificación que han sido formulados en época más reciente: en primer término, tenemos el Proyecto del Profesor Couture que, en lo que concierne al tema de las nulidades, sigue muy de cerca los resultados de la moderna doctrina

---

(75) El Código Judicial Colombiano, después de la reforma sustancial que entró en vigencia el 1º de Enero de 1932, dedica el Capítulo VII del Título XII al tema de las Nulidades (Décima quinta edición, dirigida por Eduardo Rodríguez Piñeros, Bogotá, 1944), pág. 204.

(76) Cfr. "Tratado de los Recursos en el Proceso Civil", Buenos Aires, 1957, pág. 176.



italiana (77); en segundo lugar, cabe mencionar el proyecto presentado por Jaime Guasp (78), dentro del cual el problema de la nulidad presenta la ubicación que le corresponde en la disciplina del proceso, esto es, dentro de la teoría general del acto procesal.

Tan sólo a título de información, agregamos que la moderna tendencia que concibe la nulidad como un fenómeno del acto jurídico en general, ha penetrado en el derecho positivo español a través de la Ley de 17 de julio de 1958 sobre el Procedimiento Administrativo que, ante todo, revela una exactitud y precisión en la terminología difícilmente superada por otro ordenamiento vigente.

---

(77) Cfr. Gelsi Bidart: "Las Grandes líneas de la Teoría de las Nulidades Procesales en el Proyecto del Profesor Couture" (Rev. de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1948).

(78) Cfr.: "El sistema de una Ley Procesal Civil Hispano-Americana"; (Rev. de Derecho Procesal, N.º. 1, - año 1956, pag. 69.)

## PARTE ESPECIAL

### CAPITULO III

#### EL CONCEPTO DE NULIDAD DE LOS ACTOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL.

##### A.- INTRODUCCION:

En los Capítulos anteriores se puede apreciar claramente la extraordinaria amplitud que se le ha otorgado al concepto de nulidad: inexistencia, nulidad absoluta y relativa, anulabilidad, constituyen algunas de las tantas modalidades o especies que se agrupan bajo este denominador común. Por lo que toca estrictamente al Derecho Procesal Civil, advertíamos la dificultad con que se tropieza para separar aquél concepto de ciertos institutos propios de esta disciplina (v.gr. las formas procesales, los recursos o medios de impugnación, etcétera).

En lo que concierne a los sistemas legislativos examinados, en términos generales incurren en una doble omisión: los viejos códigos, porque ni siquiera regulan la nulidad como un estado o fenómeno que acontece al acto procesal, sino como una sanción y en ciertas

ocasiones como una especial categoría de los incidentes o recursos (1); y los códigos modernos, porque no suelen discriminar la nulidad de la causa o el motivo que la origina, ni distinguen los tipos esenciales de invalidez; el término nulidad vale para todas las situaciones imaginables: es uno de los muchos conceptos que la tradición legislativa ha consagrado a fuerza de repetirlo, dando por sentado que su significado es cabalmente conocido y sin ocuparse siquiera de emplearlo con relativa exactitud. (2)

- 
- (1) Esta actitud no sólo se observa en la LEC, sino también en el Code de Procedure Civile francés y en casi todos los Códigos de Hispanoamérica. A partir del Código Italiano de 1941 se observa una clara tendencia a tratar la nulidad dentro de la regulación del acto procesal, a continuación de las disposiciones referentes a la eficacia de tales actos. Esta postura es la que adopta el Proyecto de un "Sistema uniforme de Legislación Procesal Civil", formulado por Jaime Guasp (Rev. del Ministerio de Justicia de la Rep. de Venezuela, Año IX, N.º 32, Pág. 77) y el Proyecto de Código de Procedimiento Civil de Edgar de Couture (Cfr. Gelsi Bidart: Las grandes líneas de la Teoría de las Nulidades Procesales en el Proyecto del Profesor Couture; Rev. de Derecho Procesal, Argentina, 1948, N.º 1, pág. 110). Por último, también la Nueva Ley Española de Procedimiento Administrativo ha seguido la misma pauta, al regular la Invalidez del Acto Administrativo después de haberlo hecho con su "Eficacia" (Sec. 3.ª y 2.ª, respectivamente, del Cap. II dedicado a los Actos en General).
- (2) Ni el Código Italiano de 1941 se libra de caer en estas inexactitudes. Son conocidas las críticas que formula Carnelutti al codificador italiano por su renuencia a emplear ciertos conceptos ya elaborados por la doctrina cuando se promulgó el Código.

El problema no sería tan grave si, a la postre, la doctrina moderna mostrara una clara tendencia a uniformar el concepto y a lograr una plena coincidencia en cuanto a los tipos o supuestos esenciales. Una encuesta realizada con este propósito entre los procesalistas contemporáneos arrojaría, sin duda alguna, un saldo adverso. "Desgraciadamente, afirma Ugo Rocco (3), tanto en el lenguaje científico y con mayor razón en el lenguaje legislativo, la dición no es siempre precisa...y tal confusión terminológica genera confusión de ideas, de allí que consideramos imprescindible fijar, ante todo, la terminología, porque sólo así se podrán precisar los conceptos". Esta reconvención que en nuestro tiempo hace Rocco, ha sido reiterada, en un tono parecido, por una generación tras otra de procesalistas.

Lo que importa ahora es, pues, el reconocimiento de que no es extemporánea y sí de mucha actualidad - la tarea que nos hemos impuesto de emprender la revisión integral de los conceptos que en esta materia se manejan tan frecuente como impensadamente. Es preciso escudriñar en todos sus pormenores esa realidad heterogénea - que es la nulidad procesal y para llegar hasta el último resquicio no hay otro camino que descomponer tal rea

---

(3) Hugo Rocco: Trattato di Diritto Processuale Civile, Torino 1957, Tomo II, Pág. 268.

lidad, esto es, analizarla y observarla, no estáticamente, sino en su proceso de desarrollo (4). De esta manera podemos distinguir en la nulidad del acto procesal tres momentos o fases, íntimamente ligados unos a otros, pero que es posible aislar y examinar separadamente. Tales momentos o fases son, en primer lugar, aquél en que la nulidad se origina; en segundo lugar, el momento en que debiera producirse la nulidad 'strictu sensu' y, por último, la fase que consiste en la sanación de los defectos del acto. Si nos viésemos compelidos a enumerar los supuestos que se cumplen en cada uno de estos momentos, no dudaríamos en referirnos al vicio, a la eficacia anormal, y a la subsanación del acto procesal.

Ahora bien, se comprende que en la práctica no es fácil apreciar en cada caso en qué espacio de tiempo se cumplen las fases que hemos apuntado; hay que tener en cuenta que la nulidad es, ante todo, una anomalía que acontece al acto jurídico, suceso de suyo difícil de percibir por los sentidos, precisamente, por

---

(4) Es fácil advertir que en esta investigación hemos procurado seguir (quizás arbitrariamente) el método de observación dinámico que Carnelutti ha aplicado al proceso, es decir, "el estudio de una realidad en el tiempo, esto es, en su movimiento o desarrollo", por contraposición al método estático, fuera del tiempo, esto es, prescindiendo de su movimiento (Cfr. Carnelutti: Instituciones... pag. 109).

que implica "una mutación de la realidad que cuando se contempla, inmediatamente se agota" (5). Por ésto no es posible determinar a priori, dónde termina el vicio y comienza la eficacia anormal, ni es probable que estos momentos se sucedan de acuerdo con un orden preestablecido. Además, el conocimiento que proporciona este análisis será parcial, mientras no se complete con una referencia a la manera como se actualizan los conceptos, a la forma como se cumplen e integran en la realidad(6).

También se comprueba que si el asunto se observa desde otra perspectiva, se puede afirmar que el contenido de cada una de estas fases de la respuesta a los interrogantes básicos que dimanaban del tema propuesto: - Qué es la nulidad? Cómo se origina? Cómo se subsana?.

En consecuencia, no es esta una división arbitraria del asunto ni una innovación metodológica; por el contrario, ya el mismo Carnelutti había distinguido el vicio de los remedios (7) y también, Goldschmidt,

---

(5) Guasp advierte que en el acto jurídico es dable observar dos perspectivas: a) la acción, o sea la mutación de la realidad o modificación de un cierto - existir; y b) el evento, la nueva fisonomía que asume la realidad en virtud del acto mismo (Cfr. La Pretensión Procesal, pág. 37).

(6) El dato, recomienda Carnelutti (Teoría General, 3a. Edición, pág. 18), debe ser recompuesto si se le quiere conocer, como para conocer una máquina se desmonta esta y luego se monta de nuevo.

(7) Cfr. Carnelutti: Instituciones... pág. 307 y 311.

Rosenberg (8) y otros, se detienen preferentemente en los extremos de la cuestión y tratan de los "actos procesales defectuosos y su enmienda". Para estos autores lo único relevante es el vicio y el remedio del acto. Para Guasp (9), en cambio, lo determinante es el punto relativo a la "eficacia anormal" y sobre ésta idea giran sus nociones. Pero lo cierto es que ni el legislador contemporáneo ni la gran mayoría de los procesalistas parecen haberse percatado de esta separación conceptual y permanecen sumidos en una total incertidumbre.

B.- EN QUE CONSISTE LA NULIDAD DEL ACTO PROCESAL:

a) Concepto General:

Insistimos en que la doctrina y el derecho positivo han consagrado una noción de nulidad que rebasa con mucho sus verdaderos límites, comprensiva de todos los supuestos, problemas y situaciones disímiles que tienen cabida en la teoría general que de ella se ocupa.

---

(8) Rosenberg: Tratado.... Tomo 1, Pág. 438. En el mismo sentido Goldschmidt: op.cit., pag. 321 y 322. En España, Prieto Castro (Manual de Derecho Procesal - Civil, Madrid, 1956, pag. 271) se refiere a los "defectos de los actos procesales y del procedimiento en general".

(9) Guasp: Derecho Procesal.... pag. 313.

Así pues, en sentido lato, se puede aseverar que la nulidad del acto procesal es la eficacia anormal que en él se produce como consecuencia del vicio y que implica la posibilidad de su sanación posterior; o, lo que es igual, que la teoría general sobre la nulidad se ocupa de los problemas referentes al vicio, la eficacia anormal y la subsanación de los actos procesales (10).

Es cierto que la exacta extensión de este concepto no se puede apreciar a cabalidad mientras no se haya descifrado el contenido de sus ingredientes esenciales, designio primordial de este ensayo, pero, tampoco parece prudente precisarlo más, porque se corre el peligro de caer en un casuismo impropio de una definición de carácter general (11).

---

(10) Si de esta definición se excluye la materia referente a la "impugnación de los actos nulos" es porque se estima que ella corresponde, con mayor propiedad, al ámbito de las impugnaciones procesales; y, que los llamados incidentes o recursos no tienen una naturaleza específica distinta de los incidentes o recursos procesales en general. No se justifica un tratamiento especial de la nulidad desde el punto de vista de las excepciones, acción o recurso, tal como lo hace Enrique Amaya (La nulidad en el Proceso Civil, Buenos Aires, 1947).

(11) Defecto que observamos en la definición formulada por Gelsi Bidart (cit. por Pallares, pág. 475), que es uno de los pocos autores que han intentado construir un concepto general del fenómeno de la nulidad procesal. Lo define como "el estado de inexistencia (no ser, nada jurídica) de un acto procesal; provocado por su desviación o apartamiento del tipo legal respectivo, sea en su propia estructura (vi-



De momento, la noción nos resulta útil para - delimitar el ámbito en que se desenvuelve la nulidad, - aislándola de ciertos fenómenos que también acontecen - al acto jurídico, y con los que guarda ciertas semejanzas; nos referimos, naturalmente, a la revocación, resolución y rescisión del acto.

Hasta donde hemos podido observar no existe - en la doctrina general del derecho una plena coincidencia en torno a estos conceptos y su significado no suele ser el mismo para todas las disciplinas.

Así, en el Derecho Privado la revocación y la resolución aparecen frecuentemente como sinónimos e implican la eliminación de un acto por voluntad de las - propias partes que lo realizaron (12). La rescisión, en

---

cios o defectos de sus requisitos internos) o en - sus antecedentes o circunstancias externas procesales, que se traduce por la ineficacia para producir su (o sus) efectos propios y que puede presentarse desde su comienzo (nulidad), o al principio sólo en potencia, requiriendo una resolución jurisdiccional que lo constituye (anulabilidad) según - sea la gravedad de aquel apartamiento."

- (12) Si acaso se observa una tendencia a aplicar el término resolución cuando se trata de un acto bilateral que ha sido incumplido por una de las partes - (art. 1124) y la revocación cuando se trata de una declaración de voluntad unilateral consistente en la retractación de un acto precedente, siempre que sea consentida por la ley a su autor; revocación - del testamento (Cfr. Castán: Op. cit., pág. 692, Tomo I Vol. II), Von Thur (Op. cit., pág. 194, Vol. II', advierte que los negocios plurilaterales pueden revocarse, suprimirse por "contrarius consensus".

cambio, consiste en la supresión del acto, no por voluntad de las partes, sino por virtud de la ley, al igual que la nulidad; concretamente, Castán (13) define a la rescisión como "una forma de ineficacia del acto, motivada por la lesión o perjuicio que el contrato cause a los contratantes o terceras personas". Aunque se han esgrimido innumerables argumentos para determinar la diversidad existente entre nulidad y rescisión (14), a nuestro parecer, todos ellos se pueden reducir a uno fundamental: que la rescisión responde a una aspiración de justicia, de conveniencia o de oportunidad del acto, mientras que la nulidad apunta a una idea de legalidad, de perfección o de coincidencia entre el acto de que se trata y el modelo que ofrece el derecho objetivo.

En el Derecho Administrativo, el término revocación ha desplazado a la rescisión y los doctrinarios de esta disciplina dan cuenta de lo difícil que ha sido lograr una clara distinción entre aquél concepto y la llamada anulación (15).

---

(13) Castán: Op.cit., pág. 689.

(14) Iden.

(15) Cfr. Garrido Falla: Op.cit., pág. 506. Este autor menciona dos criterios que se han manejado para establecer las diferencias entre la revocación y la anulación dentro del D. Administrativo: 1.- El criterio del órgano, que es el que generalmente admite la doctrina y la jurisprudencia española y que al mismo Garrido califica de inoperante, y 2.- El

En la moderna ciencia procesal (16) la revocación se configura como una subespecie de la rescisión que, a su vez, constituye un remedio contra la injusticia o inconveniencia del acto, muy distinto de la invalidación para el caso en que el acto es suprimido o reformado por el mismo sujeto que lo cumplió (17) y el de rescisión, en sentido estricto, para cuando el acto es eliminado o modificado por un sujeto distinto de su autor (que es, precisamente, el supuesto que se cumple con el recurso de apelación).

Evidentemente, estos conceptos tienen una relativa validez, en vista de que no todos los autores les deparan el mismo significado. Sin embargo, son lo suficientemente explícitos para hacernos comprender que entre aquellos fenómenos y la nulidad existe una indis-

---

( criterio del motivo o fundamento, enunciado por Alessi, y que coincide sustancialmente con el criterio que formulamos en el texto para diferenciar la rescisión de la nulidad.

(16) En éste como en tantos otros aspectos, nos atenemos casi exclusivamente a los resultados logrados por Carnelutti (Ofr. Instituciones, pag. 318-321; Teoría General, pag. 441 y sig.)

(17) Una idea semejante parece privar en ciertas legislaciones que denominan "recurso de revocatoria" a aquél que se ejercita ante el mismo tribunal que ha proferido la resolución impugnada (art. 1039 del Código Judicial Panameño).

cutible similitud, puesto que todos, sin excepción, se resuelven en una privación de los efectos jurídicos o cuando menos en una minoración de la efectividad del acto sobre el que recaen. Pero, también es cierto que entre ellos existe una diferencia fundamental, que ha sido puesta de manifiesto por Betti (18). En efecto, al examinar con mayor detenimiento el vicio procesal, tendremos oportunidad de advertir que el estudio sobre las causas de la nulidad presupone un cotejo entre el acto de que se trata y el tipo o modelo que pretende representar; consecuentemente, la privación o disminución de la efectividad jurídica proviene, en este caso, de la falta de correspondencia entre el modelo legal y el acto violado. En cambio, en el evento de la revocación, resolución y rescisión, o cualquier otro fenómeno similar (19) la ineficacia o minoración de efectos se produce por circunstancias extrañas al acto; este es perfecto, en cuanto a que reúne todas las exigencias del derecho objetivo, si no es eficaz es porque a él se oponen razones exóticas, ya fueren de -

---

(18) Cfr. Teoría general del negocio jurídico, pág. 348 y 349.

(19) El mismo Betti (Op.cit., pág. 351) añade la inoponibilidad, que se produce cuando los efectos del acto no pueden oponerse a un tercero, debido al hecho de que las partes no han cumplido respecto a él una carga o deber de legalidad que les incumbía.

justicia, conveniencia u oportunidad.

b) Concepto específico:

La doctrina moderna, dentro de su aparente heterogeneidad, ha puesto de relieve dos aspectos esenciales que pugnan por reflejar la naturaleza intrínseca - del acto nulo. (19bis)

Para ciertos autores esta nota distintiva reside en el hecho de la imperfección del acto: en la no concurrencia de los requisitos legales que en él debieron concurrir; difieren, sin embargo, al tratar de definir cuáles son estos requisitos. Para Couture (20), per

---

(19bis) Este hecho que muy pocos autores habían tenido en cuenta, ya había sido observado en la conocida obra de Eugenio Floriani "Elementos De Derecho Procesal Penal (Trad. de Prieto Castro, Barcelona, - 1934). Afirma este autor "en el lenguaje corriente la palabra nulidad se emplea con un doble significado: unas veces para indicar el motivo que hace al acto imperfecto, otras para expresar la consecuencia que se deriva de la imperfección del acto, o sea su invalidez jurídica."

(20) Cfr. Fundamentos.... pág. 222; sin embargo, por lo que se observa en los comentarios de Gelsi Bidart al proyecto de Código de Procedimiento Civil formulado por Couture, este autor parece haber cambiado rotundamente de opinión en cuanto al concepto de nulidad, considerándolo como un "fenómeno o estado del acto procesal que proviene de la irregularidad del acto con respecto al patrón legal", concepción muy parecida a la que predomina en la doctrina italiana (Cfr. Gelsi Bidart, "Las grandes líneas... - pag. 110).

ejemplo, la nulidad consiste "en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias dadas de antemano por el orden jurídico"; para Satta (21), defensor de la tendencia antiformalística, consiste, simplemente, "en la inconformidad del acto con el modelo legal"; en fin, para los que permanecen fieles a la doctrina francesa, el acto es nulo "cuando carece de los elementos intrínsecos o requisitos esenciales, derivantes de su misma naturaleza" (22).

Desde otro punto de vista se observa, con justificada razón, que aquella corriente doctrinal lo que ha puesto de manifiesto en sus definiciones es el evento de la causa, el vicio que origina la nulidad, pero no la nulidad misma. Con mejor criterio se consagra como ingrediente esencial del concepto el hecho de la "ausencia o de parte de los efectos normales del acto" (23). Se piensa que así como el resultado obvio del acto perfecto, realizado conforme a los preceptos legales, es la plena eficacia; la imperfección que es la antítesis

---

(21) Salvatore Satta: Commentario al Codice di Procedura Civile, Milano, 1959, pág. 535.

(22) Cfr. Rocco: Trattato di Procedura Civile, Torino, pág. 269.

(23) Guasp: Derecho Procesal, pág. 313.

de la perfección, conlleva la nulidad, esto es, la ineficacia absoluta del acto.

En resumen, que el término "nulidad" ha sufrido una transformación dentro del léxico jurídico que - muy pocos autores han advertido; por una parte, se ha dado en él una tal hipertrofia que, *latu sensu*, comprende todo aquel fenómeno que podríamos denominar "estado anormal del acto jurídico" (24), o bien, "patología del acto jurídico" (25); y, por otra parte, '*strictu sensu*' conserva el significado específico que otrora le fue dado en el derecho romano: el de ausencia total de los efectos jurídicos del acto (*nullum est quod nullum producit effectum*). (26)

A nuestro juicio, el significado general de

---

(24) Es el término que emplea Emilio Betti (*Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. de Martín Pérez, - Madrid, 1959, pág. 270) para designar la situación parecida que acontece a ese instituto.

(25) Esta expresión parece de uso corriente entre los - administrativistas alemanes: Forsthoff (*Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1958, pág. 308) se refiere a la "Patología de la Administración", como sinónimo de "toda la problemática del acto administrativo defectuoso".

(26) Morón (*Op.cit.*, pág. 20) revela que este significado coincide con el sentido etimológico del término nulidad: del latín *nullus*, falta de valor, carencia de fuerza para obligar o para tener efecto.

mulidad está tan arraigado en la doctrina y en la legislación que no es posible prescindir de él sin causar un serio trastorno en la terminología jurídica. No sucede lo mismo con su sentido estricto que ya no responde a la función que se le asignaba en el derecho romano.

En efecto, al confrontar la realidad procesal que emana del derecho objetivo se advierte que la imperfección del acto no siempre trae consigo la nulidad en sentido estricto, sino que, por el contrario, sucede con harta frecuencia que a pesar del vicio, el acto produce todos sus efectos o una parte de ellos, o bien, otros diversos de los que normalmente lleva consigo. Si el artículo 4º del Código Civil dispone que "son nulos los actos contrarios a la ley", hay que entender que en todo caso la transgresión de un precepto, por leve que sea, priva al acto de todos sus efectos jurídicos? esto es, produce la nulidad 'strictu sensu'? Es evidente que no. Cuando más, este es uno de los resultados que se pueden dar, pero no el único ni el más frecuente.

Cómo se ha de designar, pues, esta especialísima situación del acto que se produce con motivo de la imperfección?. La doctrina no ha llegado a un pleno acuerdo al respecto; para algunos consiste en un estado



de 'invalides', para otros de 'ineficacia' (27). Nosotros particularmente, reputamos más certero el calificativo "eficacia anormal" empleado por Guasp, ya que por su amplitud admite en su seno todos los supuestos que - caen fuera de la eficacia normal, y sobre todo porque - no prejuzga cual será el resultado definitivo: si la - privación total o parcial de efectos o la simple irregularidad.

Con la ayuda de este calificativo se puede reconstruir la relación de causalidad que lógicamente debe existir entre el evento de la infracción o apartamiento de la Ley y la reacción sancionadora que contrarresta ese evento, pudiéndose enunciar en la forma siguiente: al acto contrario o no conforme con los preceptos legales corresponde su eficacia anormal.

Por ahora, basta señalar que, salvo raras excepciones, en todos los casos en que el derecho positivo sanciona con la nulidad el incumplimiento de una norma, hay que entender que se trata de la eficacia anor-

---

(27) La nueva Ley de Procedimiento Administrativo emplea el término invalides (Sección 3.- del Capítulo IV); Rocco (Op.cit., pág. 268) usa la expresión ineficacia. En nuestra opinión estos dos términos son sinónimos de "nulidad en sentido estricto", y por ello no son idóneos para abarcar otros supuestos (especialmente la simple irregularidad del acto).

mal y no de la estricta nulidad. No otra cosa ha hecho la jurisprudencia en su labor morigeradora del derecho, cuando se abstiene de considerar absolutamente ineficaces los actos que en su formación inciden en la más grosera irregularidad. Esta tarea de la jurisprudencia ha sido doblemente importante en el sistema español en donde la LEC prescribe expresamente la nulidad para ciertos defectos sumamente leves y se pretende aplicar a todas las disciplinas el mandato contenido en el artículo 4º del Código Civil, ya transcrito (28).

o) Supuestos esenciales de eficacia anormal:

La eficacia anormal es un concepto relativo y admite, por tanto, una serie indeterminada de categorías o hipótesis; no obstante, siempre se ha sentido la necesidad de discriminar los supuestos esenciales que contiene. En este aspecto la ley y la doctrina muestran un cariz completamente distinto, ya que, mientras las legislaciones (incluso el Código italiano) se mantienen reacias a prohiar otras modalidades ajenas a la es-

---

(28) Sumamente importante por su tendencia moderadora es la Sentencia Civil de 19 de octubre de 1944 - del Tribunal Supremo, que limita extraordinariamente el alcance del artículo 4º del C.C.

trieta nulidad (29), en cambio los autores de todas las ramas del derecho se dan a la tarea de discernir tipos y subtipos, a tal punto que sobre el particular -ha dicho Pallares- no hay nada definitivo.

La actitud más acorde con las nuevas tendencias procesales se estima que es la de limitar la clasificación a los supuestos que se consideran más importantes, concebidos y formulados en términos genéricos, de manera que no resulten indóciles en su necesaria adaptación a las contingencias de la realidad mudable. En tal virtud, señalaremos dos esenciales: la ineficacia absoluta y la simple irregularidad (30).

a') Ineficacia absoluta (nulidad 'et strictu sensu'): Que consiste en la ausencia total de los efectos normales de un acto.

Comúnmente se predica que este debiera ser el resultado único, indefectible, del acto que no ha sido realizado conforme el modelo legal. Y es que, a prime-

---

(29) Aun cuando el Código italiano de 1941 reconoce varios supuestos de "eficacia anormal" a todos ellos se refiere con el vocablo "nullita". A este respecto la Ley de Procedimiento Administrativo constituye una honrosa excepción ya que distingue la nulidad expresa, de la anulabilidad y la simple irregularidad.

(30) Cfr. Guasp: Derecho Procesal, pág. 313.

ra vista, parece un contrasentido que a la imperfección del acto no corresponda su ineficacia, de la misma manera que la perfección coincide con la eficacia. Ante esta disparidad se argumenta que la falta de efectos jurídicos se traduce en un perjuicio económico que es necesario evitar puesto que ordinariamente recae, no sobre el realizador del acto viciado, sino sobre un tercero - que ha confiado en su validez; se agrega que los resultados del acto ineficaz no se compaginan con los fines prácticos ni con la economía que debe imperar en el proceso; pero, además, Carnelutti (31) ha demostrado recientemente que en el terreno de los conceptos tampoco exige una coincidencia entre la imperfección y la ineficacia (como se podría presumir), de igual manera que entre la perfección y la eficacia que sí son dos nociones absolutas.

Por esta razón, aunque la característica específica de este supuesto es una: la carencia de efectos normales; en la realidad asume diferentes matices o grados (32).

---

(31) La perfección, afirma este autor (Teoría General, pág.418) expresa el concurso de todos los requisitos de un acto del que no puede menos que derivarse su eficacia; en cambio, la imperfección denota la falta de uno o más requisitos y por tanto una insuficiencia que puede ser más o menos grave. Por eso la imperfección es un concepto relativo, un concepto intermedio entre la inexistencia y la perfección.

(32) Es la postura que en términos generales adopta Re-

a'') Puede ser una 'ineficacia radical', consustancial a la imperfección. En este caso, el defecto puede ser tan garrafal y manifiesto que el acto es inicialmente inobservable e inepto "per se" para producir algún efecto, no ya normal sino jurídico. Algunos autores - han querido hacer de esta hipótesis (que ellos denominan 'inexistencia jurídica') un supuesto distinto del de la ineficacia absoluta, pero se observa que la doctrina - que los respalda es sumamente contradictoria (33); sin embargo, pareciera que no se puede prescindir completamente de él, al menos como medio convencional para distinguir determinadas sentencias cuyos vicios son tan -

---

denti en su última obra (Diritto Processuale Civile).

- (33) Calamandrei (Vicios... pág.429 y 430), que se refiere exclusivamente a la 'sentencia inexistente', la concibe como un acto puramente ilusorio (vanità che per persona: una finzione) en el que faltan los elementos conceptuales; no obstante, el mismo reconoce la dificultad insalvable que constituye determinar a priori estos elementos. Carnelutti (Instituciones, pág.310) se duele de que el nuevo Código no hubiese admitido esta categoría, a la cual le atribuye como carácter específico el hecho de representar una ineficacia 'absoluta e insanable', característica que se confunde con el supuesto que admitimos nosotros. También Rocco (Op.cit., pág. - 270) y Liebman (pág.223), por razones parecidas admiten este supuesto. Satta asume una curiosa actitud, ya que en su obra (Diritto Processuale, pág.- 186) acepta la distinción entre acto nulo y acto inexistente y en cambio en su reciente "Commentario....", pág. 536), rechaza rotundamente este último supuesto. En términos generales, como dice Satta, no parece que exista una marcada diferencia

graves que no admiten subsanación. De todas maneras se trata de hipótesis que por lo infrecuentes, la ley no ha creído necesario ocuparse de ellas. Mas frecuente es que el acto, pese al defecto, exista y con su sola existencia, apunte a la autoridad de un órgano del estado que le da visos de certeza y corrección, o sea, que se funda en una apariencia jurídica que necesita ser destruída por el órgano jurisdiccional (34). Pero, conviene aclarar que el pronunciamiento del Juez en este caso no pasa de ser una simple constatación, de carácter declarativo, que no necesita de una previa invalidación sujeta a especiales requisitos. Mas aún, advierte Redenti (35) que en la realidad el juzgador no cumple esta tarea de una manera ostensible: a menudo rechaza o declara la improcedencia de un acto procesal sin expresar el por qué, o a lo sumo, enuncia en la parte motiva de la sentencia la razón por la cual no lo ha tenido en cuenta (v.gr. cuando el juez en los considerandos del -

---

entre el acto inexistente y al acto declarado nulo por el Juez. Al menos una diferencia que exija para él un tratamiento especial distinto de la ineficacia absoluta. A esta misma conclusión arriban en distintos sectores del Derecho Garrido Falla - (Tratado.... pág. 422) y Luzzesco (Op.cit., pág. - 230).

(34) Cfr. Forsthoff: Op.cit., pág. 315.

(35) Cfr. Redenti: Diritto Processuale... pág.

fallo no le otorga valor a ciertas pruebas porque no han sido practicadas conforme las exigencias legales). Queda claro, pues, que en ambas situaciones se da el mismo fenómeno: la ausencia de efectos normales desde que el acto surge a la vida del derecho y si en el último caso se requiere de una decisión judicial es únicamente para deshacer una apariencia más de hecho que jurídica.

b'') Puede ser una ineficacia sobrevenida. Cuando requiere de un especial pronunciamiento del órgano jurisdiccional, que así lo declare expresamente. A su vez, habría que distinguir en este momento si la ineficacia es total (cuando afecta a todo el acto o a todo el proceso), o tan sólo parcial (cuando recae sobre una parte del acto o del proceso), pero tal clasificación únicamente tiene importancia para la legislación italiana que ha adoptado expresamente el principio de la "independencia o conservación de los actos procesales" y cuando más, para el Procedimiento Administrativo español. (36).

La nota que ciertamente distingue a este subtipo reside en el hecho de que la sola imperfección, el

---

(36) Véase lo referente a las limitaciones de la multitud en este mismo Capítulo.

solo vicio, no es suficiente para producir la ineficacia (tal como sucede con los casos anteriores), sino - que deben concurrir, además, otros factores indispensables: una especial invalidación de parte y, ante todo, una decisión judicial ad hoc que la constituya. No es necesario insistir en la diferencia palmaria que existe entre la función que cumple el pronunciamiento jurisdiccional entonces y ahora; en el primer caso, la decisión simplemente acredita, constata que el acto nació ineficaz (inválido 'per se'); en el segundo, cancela, destruye un acto viciado que sin embargo producía los efectos normales como si fuera perfecto. La doctrina tradicional agrega que en el primer evento, la resolución opera con efectos retroactivos (ex tunc) y en el segundo opera para el futuro (ex nunc). Carnelutti (37) disiente de esta opinión y sostiene que en todo caso el acto debe tenerse como ineficaz ab initio. Más acertada nos parece la postura tradicionalista y aunque sus repercusiones - en la práctica son sumamente importantes, la certeza de uno u otro juicio en nada perjudica la delimitación conceptual que hemos trazado.

Mayor interés científico revela la circunstancia de que esta "ineficacia sobrevenida" apunta a un fe

---

(37) Cfr. Teoría General, pág. 430.



nómeno muy significativo: el de la anulabilidad. Porque evidentemente, en el lapso que transcurre entre el momento de la imperfección y el de la resolución constitutiva, el acto asume un estado transitorio que conviene describir oportunamente.

Por ahora, estimamos prudente apuntalar la idea de que, tanto la ineficacia radical como la sobrevinida no son más que grados o subtipos de un mismo supuesto: la ineficacia absoluta, y que su característica esencial es, repetimos, la ausencia absoluta (total y para siempre) de los efectos normales del acto. En cierto sentido convenimos con Satta en que "toda nulidad una vez declarada es insubsanable" (38). Téngase en cuenta, además, que nos hemos referido a la privación de "efectos normales", lo cual no impide que el acto (aun el absolutamente ineficaz) produzca algún efecto secundario o negativo. Nos parece una sutileza discutir en torno a la magnitud de tal ineficacia; en el peor de los casos el acto mayormente afectado por el vicio, al ser apreciado por el Juez, por lo menos ha tenido el efecto de poner en marcha el mecanismo jurisdiccional del Estado.

---

(38) Véase el comentario a esta cita de Salvatore Satta en lo concerniente a los medios de subsanación del vicio.

b') Simple irregularidad: Se traduce, tal como afirma Guasp (39), en la adición al acto procesal viciado de otros efectos jurídicos distintos de los que normalmente llevaría consigo.

No exige ningún esfuerzo advertir que la nota que tipifica este supuesto estriba en el hecho de que esta vez la imperfección del acto no es obstáculo para que produzca sus efectos normales. El acto irregular, refiere Rocco (40) es plenamente válido, salvo que al que lo ejecutó se le conmina con algunas sanciones que no consisten en su ineficacia." A esto se debe que no pocos autores excluyen esta categoría de la problemática de la nulidad procesal y, como observan que las sanciones que la irregularidad implica recaen sobre los sujetos procesales, ubican esta materia en la parte de la disciplina correspondiente a la organización judicial. (41).

Es cierto que se ha afanado mucho la doctrina para explicar el por qué no siempre la imperfección del

---

(39) Cfr. Derecho Procesal... pág. 315.

(40) Op.cit., pág. 269.

(41) Prieto Castro (Manual...pág.110), se refiere a esta materia en el Capítulo que dedica a la "organización del personal judicial"; la misma postura adopta De la Plaza (Op. cit., pag. 192).

acto conlleva la ineficacia absoluta. No es necesario agregar que, "razones de oportunidad que tanto matizan las normas de una relevante cualidad pública (como afirma De la Flaza), han pesado en el ánimo del legislador para que adopte esta actitud moderada", pero, además, - hemos visto anteriormente que en el ámbito de lo puramente conceptual, Carnelutti ha deshecho la idea de que entre la imperfección del acto y su ineficacia deba - existir una coincidencia semejante a la que se da entre la perfección y la eficacia.

Si esto no fuere suficiente, la realidad cotidiana nos muestra ejemplos de requisitos "que la ley — quiere hacer observar pero no bajo pena de nulidad"; en lo que atañe a la Ley, la aguda intuición de uno de sus comentaristas nos revela que "cuando la ley, a continuación de establecer determinadas prescripciones para un acto, comina, sin más, al infractor con la imposición de una corrección disciplinaria cabe deducir, por regla general, que tal infracción hace al acto irregular pero no nulo" (42). Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aceptado este supuesto tanto en el cam

---

(42) Guasp: Comentarios.... pág. 674).

pe procesal (sentencia de 6 de marzo de 1941), como en el administrativo (43); y la nueva ley de Procedimiento Administrativo lo ha consagrado como una de sus categorías esenciales.

A un observador perspicaz no se le escaparía que esta clasificación que hemos hecho de los supuestos de eficacia anormal no parece reflejar la verdadera realidad procesal, porque no es cierto que en nuestra disciplina todas las inobservancias procesales desemboquen en la ineficacia absoluta o en la simple irregularidad. Un examen somero de cualquier recopilación jurisprudencial demuestra que lo corriente es que los fallos sobre quebrantamiento de forma (para emplear el texto de la LEC) no terminen con la declaratoria de nulidad, sino con la declaración de improcedencia de la acción. Cómo se explica este fenómeno?. La explicación es muy sencilla: cuando se afirma que la anulabilidad es la regla general en materia de nulidades procesales, se está diciendo simplemente que en virtud del vicio o de la imperfección, el acto avanza fatalmente hacia la ineficacia total, pero que, gracias a los medios de subsanación el defecto resulta compensado o enmendado y aquélla consecuencia nociva no se cumple o se cumple parcialmente

---

(43) Garrido Falla: Op.cit., pág. 427.

y todo termina con una declaratoria de improcedencia - de la acción.

Pero, y mientras se decreta la ineficacia o se produce la sanatoria, cuál es la situación que muestra el acto? Qué es el acto en ese lapso? Es simplemente, un acto anulable.

d) En qué consiste la "anulabilidad del acto":

Ante todo, tenemos que confesar que hemos dudado si otorgar a este evento el rango de supuesto especial, en un lugar intermedio entre la ineficacia absoluta y la simple irregularidad.

Las razones que se pueden aducir en pro y en contra suya, nos servirán, sin duda, para esbozar las características que son de su esencia, cometido no exento de dificultades.

Dos obstáculos, aparentemente insalvables, se oponen a esta figura: el primero, de orden externo, reside en la circunstancia de que sus contornos son muy vagos e imprecisos; esto se comprueba con facilidad observando las múltiples concepciones de la doctrina; inicialmente se le configuró como una "nulidad sanable", - es decir, como una "nulidad que puede quedar sanada por

el transcurso del término de impugnación (44); posteriormente, por influjo de la corriente civilista, se le asimiló a la "nulidad relativa", estimándose que el acto anulable no es un acto nulo, sino un "acto viciado" que pese al vicio produce los efectos jurídicos normales en tanto no se utilice con éxito contra el mismo la acción correspondiente ante los Tribunales (45). La diferencia entre una y otra postura se percibe sin dificultad y repercute grandemente en la práctica: en el primer caso, el acto es nulo pero puede llegar a ser válido, por virtud de la sanatoria; en el segundo, el acto aunque viciado, es válido pero puede resultar nulo si se cumple exitosamente la impugnación. Mas recientemente, existe la tendencia a definir la anulabilidad poniendo de relieve, precisamente, esa situación de pendencia, de condicionalidad que asume el acto mientras no se produce la impugnación o la sanatoria (46). De la manera que fuere, en la realidad es sumamente difícil precisar en qué momento ha actuado sobre el acto el medio de subsanación, de manera que se pueda considerar -

---

(44) Calamandrei: Casación Civil, pág. 26.

(45) Garrido Falla: Op.cit., pág. 422; en el mismo sentido Guasp: Derecho Procesal.... pág. 314.

(46) Carnelutti: Teoría General, pág. 430.

eficaz; de allí que la única hipótesis perceptible es - la de la "ineficacia sobrevenida", que se produce una vez que se ha dictado el pronunciamiento jurisdiccional.

Por otra parte, se deduce que la "anulabili-  
dad" no es el destino final y definitivo a que conduce la imperfección del acto; por el contrario, es un estado transitorio e incierto, un estado de condicionalidad que lógicamente debiera desembocar en la ineficacia absoluta, pero que por razones de oportunidad y economía procesal, ordinariamente se desuelve en una irrelevancia del defecto y por tanto, el acto recobra su plena eficacia.

Ahora bien, en favor de su aceptación como supuesto de eficacia anormal se pueden abonar las siguientes razones: En primer término, está el hecho irrefutable de que la anulabilidad es una figura de estirpe netamente procesal; en efecto, es un instituto elaborado, según atestigua Calamandrei, en el derecho estatutario, que se consagró en el derecho común y que presupone la existencia de un sistema de impugnaciones que es una nota peculiarísima del Derecho Procesal. Tan cierto es esto que muy pronto suplantó a la "nulidad (strictu sensu)" y hoy casi todos los sistemas legislativos reconocen la anulabilidad como regla general en esta materia. En

segundo lugar, si se despoja a esta figura de todas las circunstancias extrínsecas y se la define como algo que acontece al acto en un momento dado, es decir, como una situación de pendencia, de condicionalidad, se podría - sostener que es un supuesto esencial plenamente configurado y tan perceptible como la ineficacia absoluta o la simple irregularidad; y el hecho de que sea transitorio, no quita que se le pueda considerar como una situación inconveniente y perjudicial al igual que la misma ineficacia; el mismo Carnelutti (47) revela que muy poco se ha reflexionado sobre las inconveniencias de este estado de transitoriedad: todo acto procesal es soporte firme y seguro de los que le preceden en el procedimiento, de allí que el derecho positivo reaccione contra esta incertidumbre e incerteza señalando plazos perentorios, - precluidos los cuales, la anulabilidad desaparece y el acto se convierte en plenamente válido e inimpugnable. No sólo en los Códigos modernos (artículo 157 del C. - Italiano), sino también en la propia LEC existen normas que persiguen este designio; véase si no lo que establece esta Ley en su artículo 1696 (48).

---

(47) Teoría General..... pág. 435.

(48) El artículo 1696 de la LEC dispone: "Para que puedan ser admitidos los recursos de casación fundados en quebrantamiento de forma, será indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instan



Por último, no se puede desconocer que en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo la anulabilidad ocupa un lugar prominente al lado de la nulidad de pleno derecho y de la simple irregularidad.

### C. VICIOS DE LOS ACTOS PROCESALES:

El vicio o defecto de los actos procesales no ha tenido, salvo raras excepciones, un tratamiento autónomo y sistemático. Ya, desde el año de 1915, insistía Calamandrei (49) en la necesidad de tratar con absoluta independencia "los vicios de la sentencia de sus medios de gravamen" para alejar todo peligro de confusión, pero la posibilidad de lograr cualquier separación conceptual en aquel entonces era poco menos que imposible, dado el estado en que se encontraba la ciencia procesal. Para

---

instancia en que se cometió; y si hubiere ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, conforme a lo prevenido en el artículo 859.

- (49) Es sumamente interesante el método empleado por Calamandrei para emprender el estudio de los vicios de la sentencia con independencia de los medios de gravamen: parte de un hipotético ordenamiento procesal en el que se desconoce la noción de pluralidad de las instancias y la correspondiente de medio gravamen (Vicios de la Sentencia... pag. 425).

ello fue preciso que se configurara definitivamente en esta disciplina la "teoría del acto procesal", que aislando científicamente esta porción del proceso, ha permitido que se arribe a una clara distinción entre los requisitos, los vicios y los remedios del acto. Con todo, aún Ugo Rocco (50) enumera algunos vicios respecto de los cuales se sigue incurriendo en la misma confusión que criticaba Calamandrei.

a) Evolución de la noción de vicio:

Para tener una idea exacta del vicio y del papel que desempeña en el problema de las nulidades, es necesario seguir el curso que ha tomado su concepto hasta el momento actual. Las dificultades de este examen retrospectivo se advierten en seguida si se tiene en cuenta que el término no tuvo, hasta hace poco, un significado exacto.

En las fuentes romanas no se percibe una clara distinción entre la nulidad 'strictu sensu' y la causa o el motivo que la origina; sin embargo, es evidente que ambos eventos no tenían el mismo significado. La n

---

(50) Según Rocco (Trattato... pág.276) "el error de hecho sólo se ha examinado a propósito de la apelación, la revocación y el recurso de casación; el dolo o propósito de la revocación y de la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales; del error de derecho a propósito del recurso de casación; mientras que de la violencia nadie se ha ocupado".

lidad en sentido estricto equivalía a la falta total de efectos, a la inexistencia jurídica, inexistencia que operaba ipso iure; en cambio la causa de la nulidad se hacía consistir en el hecho de la "transgresión de la ley" (*quisquid fit contra legem nullum est*). Interesa ahora, tener en cuenta que el proceso primitivo estaba dominado por la estética de la forma, por tanto, la omisión de la más leve formalidad se traducía en la violación de la ley. De otra parte, no hay que olvidar que para entonces la nulidad procesal se ubica casi exclusivamente en el acto con el que culmina regularmente el proceso: la sentencia. Tan sólo después que se hayan hecho estas consideraciones se podrá comprender que en el Derecho Romano se estimen "nullae" y no simplemente "iniustae", las sentencias evidentemente contrarias al derecho. (51)

Esta concepción romanista sobre los motivos de la nulidad aun conserva plena vigencia en algunos regímenes legislativos. Concretamente, según De Castro (52) es el criterio que informa la regla contenida en -

---

(51) Cfr. Chiovenda: *Institutiones*..... pág. 328 (Tomo III).

(52) Cfr. De Castro: *Op.cit.*, pág. 599.

el artículo 4º del Código Civil Español (cuya aplicación al proceso civil y a otras disciplinas, tal como hemos visto, ha sido sumamente discutida). De acuerdo con este autor, la nulidad no se origina por cualquiera disparidad o disconformidad del acto respecto a la ley, sino cuando este se ejecuta "contra lo dispuesto en ella". - "Por su origen histórico y por su letra, agrega De Castro, el artículo 4º repudia el acto dirigido contra la ley, y no a todo acto no conformado según los preceptos legales".

Paralela a la transformación del concepto romano de nulidad en "nulidad sanable" o simple "anulabilidad" del derecho común (53), y aunque un poco distante en el tiempo, en el Derecho francés se produce una pareja mutación en la idea sobre la fuente de que emana.

Entre Las fórmulas con que se procuró suplantar el criterio romanista de la transgresión de la ley (cuya estricta aplicación resultó imposible desde un principio), la primera que quedó plasmada en un ordenamiento jurídico fue, tal vez, la arbitrada por el Codificador francés de 1806 y contenida en el artículo 1030

---

(53) Calamandrei (Casación Civil, pág. 26) ha explicado como fue posible esta transformación gracias a la integración del concepto germanico de la "fuerza formal de la sentencia y el concepto romano de "nulidad de sentencia", concebida, como inexistencia jurídica inicial y absoluta.

del Código de Procedimiento: no hay nulidad sin una disposición que la establezca (2pas de nullité sane texte"). Como vemos, este principio no llega a desconocer que la violación de la ley sea la fuente de la nulidad, pero - sí reconoce la necesidad de una limitación y, en efecto, reduce la noción a la "trasgresión de aquéllas normas - para las que el legislador ha previsto expresamente la sanción de la nulidad". Pero, ya sabemos que la vigencia de este postulado fue mucho mas efímera que la del anterior. Para la doctrina y la jurisprudencia francesa que se forja al calor de la codificación napoleónica (54) la verdadera causa reside, no tanto en la violación de la ley o del mandato expreso del legislador, sino en la "omisión de las formalidades o elementos esenciales del acto".

Hay que reconocer, sin embargo, que inicialmente esta última fórmula tenía un carácter supletorio, ya que únicamente valía para los casos en que la nulidad no estuviese expresamente prevista en la norma violada. Con este mismo carácter pasa al Código Italiano

- (54) Entre los puntos salientes de esta doctrina podemos mencionar el criterio de que el acto jurídico es un organismo sometido a la necesidad de la presencia de ciertos elementos vitales (Bonnecase); la idea - del contrato como el prototipo de acto jurídico; y, al suge de la teoría sobre los vicios de los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto y causa) que invade todas las disciplinas jurídicas.

de 1865 que en el inciso primero de su artículo 56 adopta el principio "pas de nullité sans texte" y lo suple con la distinción entre "substantialia e non substantialia processus" (55), en virtud de la cual "pueden, sin embargo, anularse los actos que carezcan de los elementos que constituyen su esencia". Posteriormente, la jurisprudencia y la doctrina le restan toda importancia - al primer inciso, a tal punto que Mortara y Mattirole - (56) que son los más connotados defensores de este sistema, señalan a la distinción entre elementos esenciales y accidentales como la idea básica que preside el régimen de nulidades del Código de 1865.

De otro lado, así como en la tradición romanista el defecto relevante es el que afecta a la sentencia, en esta época y ante todo, a partir de la publicación de las "Instituciones de Derecho Procesal Civil" de Chiovenda (57), la atención de la doctrina se traslada de la sentencia a los presupuestos procesales, es decir, al momento en que se constituye la relación procesal. El -

---

(55) Cfr. Ricca-Barberis, Mario "Preliminari e commento al Codice di Procedura Civile (Torino, 1946, Vol. I, pag. 259).

(56) Cfr. Mattirole: Op.cit., pag. 158 y 159. Es según dice este autor, la fórmula esencial en el sistema de Romanosi.

(57) Op.cit., pag. 31, Tomo III.

defecto de dicha relación puede producirse, según el -  
mencionado autor, o por falta de un presupuesto o por -  
un defecto en el acto constitutivo (demanda judicial).-  
Si se observa que en la teoría de Chiovenda los presump-  
tos (58) son los "requisitos sin los cuales no puede -  
iniciarse ni tramitarse con eficacia jurídica un proce-  
so", hay que convenir en que el defecto de la relación -  
procesal equivale a la imperfección del proceso conside-  
rado como un todo. Esta tesis influye considerablemen-  
te en toda la doctrina que se forma posteriormente en -  
torno a la nulidad procesal y explica, en gran parte, la  
extraordinaria importancia que el legislador y la juris-  
prudencia le han atribuido a los defectos de la demanda  
y sobre todo a los del acto de citación (59).

---

(58) Cfr. Pallares: Op. cit., pág. 514. El concepto de presupuesto procesal, introducido por Bulow, ha su-  
frido una gran transformación. Ya hemos visto que  
para Chiovenda, en términos generales, son las con-  
diciones para que se consiga un pronunciamiento -  
cualquiera. En la concepción moderna "presupuesto  
es aquella circunstancia o conjunto de circunstan-  
cias que deben darse en un acto para que este pro-  
duzca todos y sólo los efectos a que normalmente -  
va destinado. Así pues, en el sentido primitivo -  
equivale a los requisitos del proceso, considerado  
como un todo y en el sentido moderno equivale, en  
principio a los requisitos o condiciones del acto  
procesal" Guasp: Comentarios.... pág. 664.

(59) Para Chiovenda (Instituciones... pág. 33) "La suma  
nulidad de un proceso es la nulidad propia del ac-  
to constitutivo, esto es, de la demanda....y, a su  
vez, "el máximo defecto de una demanda es la falta

Importa señalar, también, que Chiovenda (60) es uno de los primeros autores que emplea el término - "vicio" con relativa exactitud, pero referido exclusivamente a la sentencia y comprensivo, tanto de los motivos que dan lugar a la nulidad, cuanto de los que ocasionan su injusticia. Continuator de esta corriente es Calamandrei (61) quien emplea toda su capacidad dialéctica para separar conceptualmente el vicio de los medios de impugnación (que él denomina medios de gravamen: mezzo di gravame) y, al igual que Chiovenda, discrimina los vicios de actividad (errores in procedendo) de los vicios de juicio (errores in iudicando). En la obra de Carnelutti, la noción se desplaza de la sentencia al ag

---

de su comunicación al demandado; una demanda no notificada, más que nula, es inexistente, en el sentido de que el demandado no es parte en causa". Una prueba de la importancia que se le atribuía al vicio del acto de citación la tenemos en el hecho de que el Capítulo pertinente del Código italiano de 1865 se titula: "De la inobservancia de las formalidades legales en el acto de citación y, en general, en los actos procesales" (Cfr. Mattiolo: Op. Cit., pág. 153).

- (60) En Chiovenda (Instituciones... pág. 326) se observa una nítida separación entre los vicios que dan lugar a la injusticia de la sentencia y los que dan lugar a su nulidad.
- (61) Calamandrei: Vicios de la sentencia y medios de gravamen; y en la misma obra Estudios sobre el Proceso Civil, se puede consultar su ensayo sobre "La distinción entre error in iudicando y error in procedendo" (Pág. 165 y sigs.)



to procesal en general y se define como "la falta de - los requisitos del acto (62), o bien, tal como establece Guasp (63) "el vicio de un acto no es sino la ausencia en el mismo de alguno de los requisitos que en él - debieron concurrir".

Se observa al punto que esta noción apenas difiere de la formulada por la doctrina francesa y que - luego adoptó con carácter supletorio el codificador italiano de 1865. Dónde está, pues, la diferencia entre - uno y otro concepto? La diversidad hay que buscarla en el papel, en extremo distinto, que juega la cuestión de los "elementos" o "requisitos del acto en cada una de - las dos definiciones. La doctrina francesa e italiana de aquella época no se había planteado en términos científicos el problema de la estructura del acto procesal y la expresión se usaba con una falta absoluta de precisión, tal como se observa en no pocas de las legislaciones vigentes (64). Se nos antoja que la frase "falta -

---

(62) Ofr. Instituciones del Nuevo.... pág. 265.

(63) Derecho Procesal... pág. 313. Para Liebman (Op.cit. pág. 213) "el acto procesal es viciado si carece de alguno de los requisitos de forma prescritos por la ley o necesarios para la consecución de su fin."

(64) Es por ello que con justa razón afirma Guasp (Comentarios...pág. 654) que "la regulación de los actos procesales es uno de los temas del derecho procesal, como de cualquiera otra rama del derecho, - más necesitados de una exposición clara por la com

de elementos esenciales del acto" con que se pretendió suplantar la concepción romanista sobre el origen de la nulidad no fue más que un simple obsequio a la terminología civilista, en aquél tiempo saturada de expresiones referentes a los elementos esenciales del contrato. En la realidad era el juez quien tenía que decidir en cada caso y sin sujeción a ningún criterio preestablecido, cuándo había sido afectado o faltaba un elemento esencial del acto; y, en el fondo, se seguía imponiendo la idea de que la nulidad es una pena con la que se sanciona la actividad contraria a la ley. Es Chiovenda el primero que opone a este régimen el principio de que "las nulidades no son penas, sino la consecuencia lógica del incumplimiento de aquéllas formas a las que la ley atribuye determinados efectos. (65)

En cambio, el concepto de vicio que domina en la actualidad ha de ser referido, necesariamente, a la Teoría General del Acto Procesal (66) tal como ha sido

---

plificación extraordinaria con que en la realidad aparecen sus diversas manifestaciones."

(65) Chiovenda: Instituciones.... pág. 110.

(66) No es esta la ocasión para determinar el momento en que surge al mundo de lo jurídico de la teoría sobre el acto procesal. Parece obvio que ella emerge de aquélla mucho más amplia sobre el acto jurídico, cuyo nacimiento lo ubican algunos en el siglo XVI (De Castro: Op.cit., pág. 147) y otros en la ciencia alemana del siglo XIX, donde adquire-

elaborada por la escuela procesal italiana que inicia - el maestro Chiovenda y alcanza su cenit con las producciones de Enrico Redenti y Francesco Carnelutti. Esta teoría tiene como premisa el hecho cierto de que todo - proceso -cualquiera que sea el concepto que de él se - tenga y la naturaleza jurídica que se le asigne- se traduce en una pluralidad de actos (67). Es sabido que tales actos se caracterizan, no sólo por el hecho de que en ellos interviene la voluntad humana, sino también - por la "clase de influencia o repercusión que producen", esto es, por sus efectos jurídicos (68). Ahora bien, para que el acto procesal produzca los efectos que le son propios, no basta con que haya sido realizado volunta-

---

re una gran importancia (Cfr. Carnelutti: Teoría - General (18. ed. pág. 219). La tesis sobre el acto procesal es apenas esbozada por Chiovenda y adquiere un pleno desarrollo en la obra de Carnelutti. El Código italiano de 1941 es, quizás, el único que - ha tratado de regular seriamente esta materia y el epígrafe de su Título VI del Libro I, reza textualmente: "Degli atti processuali", pero el mismo Carnelutti no ha tardado en reconocer que en este aspecto "la terminología es aun empírica y confusa" (Instituciones del nuevo.... pág. 246).

- (67) Razón tiene Guasp cuando advierte que en todo proceso existen siempre, por lo menos, dos actos procesales: la pretensión y la decisión (Derecho Procesal, pág. 317).
- (68) Guasp, (Idem, pág. 218) añade que tales efectos tienen que producirse inmediata y directamente y no a través de otros actos distintos; pero en cambio, - basta con una tendencia a producir esta repercusión inmediata y no es necesario que la influencia o repercusión sea efectiva en todo caso.

riamente por uno de los sujetos procesales (lo cual es relativo y ya de por sí sería un requisito), sino que es preciso, además, que se cumplan otras circunstancias o conjunto de circunstancias que son precisamente "los requisitos del acto procesal. En otras palabras, un acto procesal para que sea tal, tiene que reunir en su estructura un mínimo de requisitos o de lo contrario resulta viciado, imperfecto.

De una manera mucho más sencilla se podría - afirmar que la noción moderna del vicio -la falta de los requisitos de un acto-, responde a una nueva concepción del problema de la nulidad procesal, en virtud de la cual se sustituye la idea tantas veces repetida de que la nulidad es una sanción que recae sobre el acto contrario a la ley, por otra menos rígida de que el ordenamiento jurídico-procesal no ampara, es decir, considera jurídicamente ineficaces, los actos que en su formación no han cumplido con sus preceptos legales (69). Los preceptos legales, añadirá Carnelutti (70), "constituyen una especie de modelo del acto; los caracteres de este modelo - son los requisitos del acto, modos de ser de los que depende su legalidad".

---

(69) Cfr. Ugo Rocco: Op.cit., pág. 267.

(70) Carnelutti: Instituciones... pág. 265.

Se podría argüir, que, en el fondo, el problema sigue siendo el mismo, ya que si los requisitos del acto tienen su fuente directa e inmediata en la Ley, el origen de la nulidad hay que verlo, en última instancia, en la trasgresión de la norma jurídica, tal como predicaba el derecho romano. A primera vista hay que aceptar como cierto este argumento, sobre todo en el derecho procesal "en donde apenas se dan requisitos cuya existencia no se debe directamente a la Ley" (71); pero, un examen detenido del asunto, es suficiente para convencer a cualquiera de que entre ambas concepciones media un abismo; ciertamente, de acuerdo con la tradición romanista, se sanciona con la nulidad a toda actividad - que viole una concreta y específica disposición procesal; según la teoría moderna la nulidad surge como consecuencia de un apartamiento de los requisitos del acto, requisitos que no se agrupan en una "concreta y específica - norma procesal, sino, genéricamente, en toda la ley del proceso" (72). Pero, además, en la corriente modernista existe la tendencia a reconocer que la ley, cualquiera que sea su naturaleza, no agota ni con mucho las exi

---

(71) Guasp: Derecho Procesal: pág. 290.

(72) Cfr. Satta: Comentario... pág. 539.

gencias a que debe responder un acto para que se considere perfecto. Existen requisitos, refiere Forsthoff - (73) que derivan de la razón, de la lógica immanente del Derecho, de las concepciones éticas y de las leyes naturales que, intrínsecamente considerados, parecen tan evidentes y obvios que resultaría raro, cuando menos, hacer mención expresa de ellos en las leyes, no obstante lo cual poseen gran importancia en la práctica (v.gr. - quien duda de que una demanda ordinaria de mayor cuantía, formulada oralmente por el mismo interesado es imperfecta, aunque un determinado derecho positivo no prescriba este requisito).

Sin entrar a considerar las consecuencias finales de esta tendencia (74), se puede apreciar que su éxito descansa no en el mero conocimiento (facilitado por el método exegético) del derecho positivo, sino en

---

(73) Pese a que Forsthoff (Derecho Administrativo, pág. 307) predica esta verdad de una disciplina distinta a la nuestra, no vemos ninguna dificultad en otorgarle un carácter general, si bien teniendo en cuenta las especiales circunstancias que rodean al Derecho Procesal. Sobre el particular véase el comentario que hacemos en el Capítulo siguiente.

(74) En el plano más elevado de la ciencia jurídica se está abriendo campo una postura que entre otras cosas predica que el Derecho es un aspecto del mundo o de la realidad que no hay que confundir con la norma jurídica, que es apenas un instrumento del Derecho (Cfr. Carnelutti: Teoría General... pág. 14) En España véase la tesis expuesta por Jaime Guasp: "Exactitud y Derecho" (Anuario de Filosofía del Derecho) (Anuario) Tomo V, 1957, N.º. 3.)

la sistematización de la realidad jurídica, mediante una clasificación cada vez más perfecta y exhaustiva de los requisitos del acto.

b) Clases de vicios:

Si la heterogeneidad y la infinitud de circunstancias que matizan el acto jurídico perfecto, exigen una clasificación de los requisitos (de las notas que contribuyen a forjar el modelo legal), de igual manera, las múltiples hipótesis de imperfecciones exigen una sistematización, una cierta catalogación de los vicios procesales. En este sentido, cabe apuntar que las distinciones que nos muestra la doctrina, no siempre se ajustan a un exacto rigor científico.

Los autores que catalogan el vicio en atención a su mayor o menor importancia, parten de un hecho cierto: que no todos los defectos producen las mismas consecuencias jurídicas; por ello se empeñan en sostener que, teóricamente existen algunos vicios más importantes que otros, de allí que sea factible construir una serie escalonada de imperfecciones, paralela a la cual se pueden ordenar los supuestos de eficacia anormal que corresponden a cada categoría: si el vicio es esencial produce la nulidad absoluta, si es menos importante, la nulidad

dad relativa o simple anulabilidad del acto. No obstante, los partidarios de esta clasificación hasta la fecha no han dado con la fórmula precisa, con el patrón legal idóneo para medir a priori la importancia del vicio (75) y por eso esta distinción tiene lugar, como asegura Merkl (76) en virtud de criterios valorativos extraños al derecho. Por tanto, hay que desechar esta clasificación que a lo sumo tendría validez en la medida en que está referida a un determinado sistema legislativo (77).

Los procesalistas alemanes, especialmente Rosenberg y Goldschmidt y con ellos Nicola Jaeger y Prie-

- 
- (75) La doctrina francesa atiende al hecho de si el acto carece o no de un elemento esencial; para la doctrina moderna italiana, la medida la da la noción de "fin del acto"; para algunos autores como Prieto Castro (Manual... pág. 171) es necesario atenderse a la naturaleza de la norma infringida por el acto defectuoso; para Alsina (op.cit.,) es la vulneración del principio de indefensión; etc.
- (76) Adolf Merkl (Derecho Administrativo, pág.252 y sig.) manifiesta con razón que "en defecto de una base jurídica positiva, esta clasificación tiene lugar en virtud de criterios valorativos extraños al Derecho". Uno de los partidarios de esta clasificación, Calamandrei (Vicios de la... pág. 430) acepta que tal distinción no se puede hacer en forma general y abstracta; es cuestión de derecho positivo, que se resuelve de modo diverso según las legislaciones.
- (77) Por eso la clasificación del vicio que formula Carnelutti (Instituciones, pág. 307) es inobjetable, pero válida exclusivamente para la legislación italiana.



to Castro adoptan como punto de vista la clase de acto sobre el cual recae el vicio y se refieren a los defectos "de los actos judiciales" (Rosenberg) o actos del Tribunal (Prieto Castro) y a los defectos de los "actos de parte" (78). Los autores que siguen esta postura, - en todo caso parten de la idea de que los actos procesales deben clasificarse en atención al sujeto de que proceden. Para Guasp (79), este criterio, como tantos - otros, no parece reflejar lo característico del acto procesal como acto que repercute o que es relevante en el proceso". En lo que estrictamente se refiere al vicio, si acaso merecen una consideración especial los defectos que recaen concretamente sobre la sentencia (80), en atención a que suscitan problemas que son particularísimos de esta clase de actos.

Por último, de acuerdo con ciertos autores, - atendiendo a su extensión, esto es, a la porción del proceso que afectan es necesario distinguir los "vicios

---

(78) Jaeger (Op.cit., pág. 351) más genéricamente distingue el problema de la "invalidéz de los pronunciamientos jurisdiccionales" del problema de la "invalidéz de los actos procesales". Si bien en la primera categoría únicamente se refiere a la sentencia.

(79) Cfr. Guasp: Derecho Procesal... pág. 281.

(80) En tal virtud, en el Capítulo último dedicamos un aparte a la nulidad de sentencia.

del acto" de los "vicios del procedimiento". Esta distinción es corriente entre los procesalistas españoles; así, Prieto Castro alude a las "faltas que afectan la existencia de los presupuestos procesales" y De la Plaza se refiere a los "defectos en la constitución de la relación procesal" (81). No hay que insistir en que este criterio tiene su precedente en la tesis desarrollada por Chiovenda sobre los vicios de la relación procesal, a la cual nos referimos anteriormente. En la actualidad, como quiera que se ha producido un cambio radical en la noción de "presupuesto procesal" (82) esta clasificación parece haber caído en desuso; por otra parte, el principio de independencia de los actos consagrado por el Nuevo Código Italiano en su artículo 159 ha contribuido a que desaparezca casi por completo la fórmula de la nulidad de procedimiento (83). Sin embargo, hay que

---

(81) Prieto Castro: Manual... pág. 271. De la Plaza: Op. cit., pág. 357.

(82) En la teoría del acto procesal "el presupuesto" se configura, específicamente, como uno de los tantos requisitos del acto (Cfr. Carnelutti: Instituciones, pág. 304), o bien, como una subespecie del requisito de forma (y consiste en la necesaria precedencia de otro acto) Cfr. Guasp: Derecho Procesal, pág. 310). De todas maneras su significado exacto no aparece claro en la doctrina, porque el mismo Carnelutti en su última edición de la Teoría General, (pág. 305) le otorga un significado mucho más amplio).

(83) Carnelutti: Instituciones, pág. 309.

reconocer que la distinción vale para ciertos sistemas legislativos, como el de la LEC, que no ofrece una regulación del acto procesal y con mayor razón, no acoge el principio a que hemos hecho referencia. (84)

Cuál debe ser, pues, el criterio apropiado - para la formulación teórica de las distintas clases de vicios? Salta a la vista que la única catalogación - útil y científica, ha de tener como punto de partida, precisamente, la clasificación de los requisitos del acto; tan sólo de esta manera podrá construirse hipotéticamente un acto procesal imperfecto que sea la antítesis del acto jurídico perfecto.

No obstante, conviene tener presente que una ordenación del vicio concebida en estos términos confronta dos dificultades. La primera, de carácter general, estriba en la circunstancia de que muestra ciencia aún no ha podido arribar a una clasificación exhaustiva de los requisitos del acto jurídico, pese a que es un trabajo al que la ciencia del derecho, según dice Carnelutti (85), atiende desde hace siglos. La segunda, de

---

(84) Véase la nota 217 de Guasp en su traducción a las Instituciones de Carnelutti: pág. 309.

(85) Cfr. Teoría General, pág. 302. Es evidente que a esta afirmación de Carnelutti no se le puede otorgar un significado absoluto. Guasp (Exactitud y Derecho, pág. 9) advierte, que una de las contradiccio-

carácter estrictamente procesal, reside en el hecho de que tal clasificación reviste un carácter general y es comprensiva tanto de los requisitos de admisibilidad - cuando de los de fundamentación y por tanto, podría inducir a confusión, ya que de la problemática de la nulidad procesal resultan excluidos los vicios sustanciales, es decir, los que apuntan a la justicia o a la - conveniencia del acto procesal. El asunto dice relación con la distinción entre los llamados "errores in procedendo" y "errores in iudicando" que ha sido acunada fatigosamente por la ciencia procesal italiana.(86) La cuestión ha ganado actualidad a partir de la promulgación del Código de 1941 y recientemente se discute - si dentro de los límites conceptuales de la nulidad procesal únicamente se admiten los vicios estrictamente - formales o si, además, tienen cabida los vicios extraformales, esto es, los que afectan al contenido del acto.

No se requiere de mucha perspicacia para advertir que su solución dependerá, en definitiva, de la

---

nes en que ha incurrido la ciencia del derecho consiste en haberse fijado desde un principio en las leyes jurídicas y no en los hechos jurídicos, es decir, en las fórmulas propuestas y no en las realidades.

(86) Sobre el particular véanse los ensayos de Calamandrei: loc.cit., anterior.

manera como se resuelve otro problema mucho más general y complicado: el de la determinación del papel que juega el aspecto formal del acto en relación a su disposición interna, a sus elementos sustanciales (voluntad, - causa y objeto del acto) (87). Aunque existe una notable disparidad en los puntos de vista que al respecto - se han expuesto, cabría distinguir dos opiniones extremas.

a') De un lado está la tesis que predica que no es posible prescindir del aspecto formal ni ir más allá de lo formal. El más ardiente defensor de esta postura, Carlo Furno (88) agrega que la "forma no sólo responde a un criterio práctico de suficiencia, sino también a un criterio jurídico de necesidad y a ambos as-

---

(87) Tampoco nos cabe la menor duda de que en el fondo de este debate yace otro de los problemas perennes del Derecho Procesal: el de la disciplina jurídica de las formas. Por esta razón, quizás, la opinión que cada autor formula con relación a este tema, - está predeterminada por la posición formalista o - antiformalista que ha adoptado con respecto a la - regulación formal del proceso.

(88) Francamente, no hemos encontrado otro autor que supere a Furno (Nullità e rinnovazione...) en esta - tendencia formalista. Se considera un defensor del formalismo, expresión, según él dice, denigrada - por la doctrina moderna, pero que revela con exactitud la realidad procesal que se desprende del - sistema legislativo italiano.

tisface plenamente." El mencionado autor refuerza su opinión con los siguientes argumentos:

a'') La estructura del acto procesal (específicamente los actos de parte) revela una característica especial: la de ser un acto normalmente privado de autonomía, de eficacia normativa propia, rasgo que lo distingue fundamentalmente del acto de derecho privado. La ausencia de autonomía se manifiesta en el hecho de que - los actos procesales adquieren relevancia jurídica, en tanto en cuanto constituyen la necesaria premisa o condición y la necesaria consecuencia los unos de los otros, y tienden a un fin que no es específico de ninguno de ellos. Por ello, agrega Furno, el acto procesal no soporta otra regulación jurídica que la relativa a su aparición y existencia exterior. (89).

b'') Es contrario a la seguridad, simplicidad y economía del proceso toda investigación tendiente a - comprobar si la voluntad interna del sujeto que realizó el acto coincide con la voluntad exteriorizada al cum--

---

(89) Ya revelamos anteriormente que Furno llega al extremo de afirmar que "la voluntad privada se determina, se manifiesta y se agota al dar al acto procesal la forma exactamente prescrita en la ley, lo cual es suficiente para que el acto produzca los efectos que le son propios.

plirlo. Si tal investigación fuese posible, añade Furno, el proceso terminaría por ser continuamente trunco y desviado de su curso y se convertiría en una serie infinita de procesos menores.

o'') Y, por último, (refiriéndose concretamente al Código italiano de 1941) demuestra que, a pesar de que el epígrafe del artículo 121 y el relator Grandi promulgan el principio de la "libertad de formas", del resto del articulado se deduce que el de la legalidad de las formas procesales es el principio que en verdad se impone. No hay tal antipicoidad de los actos procesales (como refiere Satta) y la disposición antes citada no es sólo - supérflua, sino falsa y peligrosa, ya que se funda en una visión profundamente errada de la realidad procesal, concluye Furno. (90).

En este extremo se han alineado algunos autores que sin ostentar una filiación formalista tan acen-

---

(90) Para este autor, el Código Italiano de 1941) revela un notable contrasentido, ya que, mientras el - Relator Grandi alude a la tendencia antiformalista que debe prevalecer en la interpretación de las normas que regulan la nulidad de los actos procesales, el artículo 156 se refiere textualmente a la inobservancia de los "requisitos formales", innovando profundamente la letra y el espíritu del artículo 56 del Código de 1865 que no se refiere a las formas procesales, sino a los "elementos del acto que son de su esencia".

tuada (como la de Fumo), se limitan a exponer que el artículo 156 del nuevo Código italiano únicamente se refiere a los vicios de forma y deja fuera de la regulación positiva a los vicios de sustancia: error, violencia, dolo, defecto de legitimación; en este sentido se pronuncian Virgilio Andrioli, Andrea Lugo y Enrico Tullio Liebman, para quienes la mencionada disposición resuelve, exclusivamente, el problema de las "consecuencias jurídicas de la inobservancia de las formas". En otras latitudes parecen participar de este mismo criterio, James Goldschmidt (91), por cuanto afirma que "el dolo, el error, la fuerza o la usura en sí no perjudican la atendibilidad o la admisibilidad de los actos procesales de las partes, y muy especialmente debe advertirse que a estos casos no se aplican las disposiciones del Derecho Civil o la anulabilidad y nulidad de las declaraciones de voluntad". En España, De la Plaza y Prieto Castro asumen una postura similar en vista de que, - para el primero, la invalidez de los actos procesales - afecta, fundamentalmente, a la forma en que se realizan y luego agrega que "el acto procesal, a diferencia del simple acto jurídico, no siempre se invalida por los vi

---

(91) Op.Cit., pág.



cios del consentimiento" (92) y para el segundo, "falta en sentido estricto es la que versa sobre inobservancia de la forma prescrita para un acto" (93).

b') De otro lado está la tesis formulada por Carnelutti (94) que, sin dejar de reconocer que el artículo pertinente del nuevo Código se refiere exclusivamente a los vicios formales, advierte que a los Tribunales no les queda otro remedio que admitir la posibilidad de que la nulidad de un acto procesal pueda ser originada también por "vicios extraformales". Es incontrastable, agrega, la frecuencia con que tales vicios afectan los actos del proceso (v.gr. la demanda defectuosa en cuanto a la legitimación o la resolución con vicio de incompetencia) y no queda otra salida que la aplicación analógica del artículo 156 a los vicios no formales. Admite Carnelutti que el juzgador puede acudir a las normas del Código Civil, para llenar las lagunas del ordenamiento procesal en cuanto a la regulación de los requisitos sustanciales y las consecuencias de su incumplimiento.

---

(92)Ofr. De la Plaza: Op.cit.,pág. 433.

(93)Prieto Castro (Manual...pág.271). No obstante en su obra menos reciente, (Cuestiones...pág.67) este autor parece adoptar una posición ecléctica, ya que en general admite que los actos de parte no pueden ser invalidados por los vicios del consentimiento (error, dolo, etc.), pero que el caso es distinto tratándose de los actos del Tribunal, ya que la misma LEC en su artí

Así pues, de acuerdo con esta teoría la nulidad de los actos procesales no sólo puede ser ocasionada por el incumplimiento de los requisitos formales, sino también por el apartamiento de otras exigencias que escapen al ámbito de lo estrictamente formal (la capacidad procesal, la idoneidad del objeto del acto, la legitimación, la voluntad, el lugar y el tiempo, el presupuesto y la condición del acto). Se podría pensar que el tenor de esta tesis, los requisitos del acto procesal reciben del mismo tratamiento que los del acto jurídico-material y que, por tanto, las disposiciones del Código Civil sobre los vicios que afectan a los elementos sustanciales (especialmente la voluntad y la causa), se aplican indistintamente y sin reparos a ambas categorías de actos. No obstante, pese a que en términos generales recomienda la remisión a los resultados alcanzados por la teoría general de los actos jurídicos, Carnelutti (95), al analizar cada elemento advierte que en

---

culo 422 prescribe que son nulos todos los practicados bajo la intimidación o la fuerza.

(94) Instituciones.... pág. 307.

(95) "Una vez más, en este punto (de los requisitos de los actos procesales) el que enseña derecho procesal debe remitirse a la teoría general, limitando su misión a indicar los resultados que ésta ha alcanzado" (Instituciones, pág. 266).

todo caso hay que considerar, en primer lugar, las escasas disposiciones de carácter procesal que regulan la materia (disposiciones que ordinariamente se agrupan en la parte que regula los recursos de casación y revisión) y que sólo en defecto de éstas se aplican por analogía las normas pertinentes del Código Civil. Tampoco desconoce este autor, la imposibilidad que entraña aplicar a los actos procesales las mismas consecuencias jurídicas pensadas para los actos materiales (por virtud de la inexistencia o del vicio de la voluntad, la causa u otro elemento sustancial). Respecto a los actos del proceso, además, rigen dos instituciones: el remedio y el procedimiento, que moderan extraordinariamente el rigor que impera en el derecho material (96).

Ahora bien, no se puede ocultar que en el pensamiento de este insigne procesalista se ha producido una profunda transformación a propósito de este tema, transformación que no ha pasado por alto Ugo Rocco (97).

---

(96) "Igualmente, en la que toca a la causa como a la voluntad, el vicio de su inexistencia, de su inadecuación o de su inidoneidad tiene, en último término, efectos completamente distintos de los que se producen en los actos jurídicos materiales, por virtud de las dos instituciones del procedimiento y del remedio". (Instituciones, pag. 297).

(97) Cfr. Trattato .... pag. 259.

para enjuiciarlo acremente su postura. En efecto, todavía cuando elaboró su proyecto de Código de Procedimiento Civil la posición formalista de Carnelutti (98) no podía ser más clara ni rotunda; no otra cosa se desprende del artículo 175 de aquél Proyecto en el cual establecía textualmente: "Salvo que la ley disponga otra cosa, la divergencia entre la voluntad real y la voluntad declarada en un acto del proceso, como la falta o la falsedad de la causa no ocasiona la nulidad" (99).

Por lo que toca a la doctrina española, en esta misma corriente puede ubicarse la tesis de Jaime Guasp (100), quien al definir el vicio se refiere, sin distinguir, a la ausencia de cualquiera de los requisitos, se aparta un tanto de la pauta trazada por Carnelutti y acude a la tricotomía conceptual que ha ensayado para estudiar la estructura misma del acto procesal; en consecuencia, discierne los requisitos del sujeto del que procede el acto, de los del objeto sobre que recae

---

(98) "Progetto del Codice....., Padova, 1926.

(99) Hay que advertir que en aquel entonces Carnelutti no había estructurado su célebre tesis que expone en su "Sistema..." y sobre todo en su Teoría General del Derecho."

(100) Las líneas fundamentales de la clasificación de Guasp se puede apreciar en su obra más reciente: "Derecho Procesal..." pag. 289 y sig.

y de la actividad estricta en que consiste (101). Al -  
tratar cada uno de los requisitos, en particular los de  
orden subjetivo, tampoco pasa por alto Guasp el hecho -  
de la especial circunstancia que rodea al acto procesal  
(frente a los actos jurídico-materiales); a esto se de-  
be, sin duda alguna, que en cuanto al elemento volunta-  
rio se incline por la "prevalencia de la voluntad decla-  
rada sobre la voluntad real" (102). Otro de los que -  
participa de esta opinión es Gelsi Bidart, al menos, es  
lo que hemos podido traslucir de su definición de mul-  
tidad procesal (103) y sobre todo, de su reciente monogra-  
fía sobre la importancia del elemento voluntario en la  
teoría del acto procesal (104).

---

(101) Los requisitos subjetivos son: la aptitud y la vo-  
luntad; en cuanto a los objetivos, distingue la -  
posibilidad, la idoneidad y la causa; y por últi-  
mo los requisitos de actividad vienen a ser el lu-  
gar, el tiempo y la forma (Cfr. Derecho Procesal...  
pág. 291 y sig.)

(102) Dada la presencia de un órgano del Estado en el -  
proceso, los actos que ante él se realizan, cuando  
aparecen exteriormente del modo exigido, son -  
eficaces, aunque la disposición interna de su au-  
tor no coincida con la que de hecho revela (Idem:  
pág. 294)

(103) Loc.cit. número 11 en este mismo Capítulo.

(104) Gelsi Bidart: "Indicaciones sobre el elemento vo-  
luntario en el Acto Procesal", Rev.de Derecho Pro-  
cesal, 1957, Vol. 2º, pág. 289.

c') En lugar intermedio se puede situar la corriente - que encabezan Enrico Redenti y Ugo Rocco. Ambos - consideran que en punto a la nulidad del acto procesal prevalece, fundamentalmente, la consideración de los vicios que afectan los requisitos formales, pero que, excepcionalmente, es necesario tener en cuenta los que recaen sobre los elementos de contenido o elementos sustanciales del acto. No obstante, las razones que justifiquen este tratamiento excepcional varían en cada autor:

a'') Para Redenti, lo que acontece es que en los actos procesales el elemento interno, especialmente el requisito de voluntad, es absorbido prácticamente por - el requisito de forma y por ello no puede ser objeto de un examen separado acerca de su subsistencia (105). Ya, en su obra anterior (106), se había manifestado en contra de la posibilidad de que se examinara la voluntad - final de los sujetos procesales, tal como se hace con - los negocios jurídicos del derecho material; "basta, -

---

(105) Agrega Redenti (Diritto Processuale...pág. 143) - que, no obstante que el requisito esencial de todos los actos jurídicos es el hecho de ser voluntariamente cumplido, todas las formas genéricamente o específicamente prescritas, tienden a poner fuera de duda, fuera de discusión, mediante señas exteriores inequívocas, la subsistencia o el curso de la voluntad.

(106) Cfr. "Profili Pratici..... pag. 499.

agrega, que el acto haya sido voluntariamente cumplido, para que él produzca efectos, según la figura exterior que ha asumido, fuesen o no tales efectos intencionalmente previstos y sin que se pueda indagar cómo el sujeto se ha decidido a cumplir tal acto". Sin embargo, Redenti (107), a la par de la nulidad por defectos de forma, reconoce la nulidad por "incapacidad de las partes" y por "defecto de contenido"; en este último caso advierte que si se trata de elementos del pensamiento, cuya manifestación específica es exigida también por la ley como requisito de forma, se aplican las reglas sobre nulidad de forma y por lo demás, en estos casos la nulidad-ineficacia se resuelve en una esterilidad procesal (irrelevancia, inutilidad) del acto, de orden intelectual más que de orden legal.

b'') Ugo Rocco hace hincapié en que la solución es - distinta según sea la clase de acto procesal: en cuanto a los "actos de parte" que se traducen en simples manifestaciones de voluntad (pure manifestazioni di volontà), en principio, el elemento interno no ofrece ninguna importancia, ni tiene por qué tenerse en cuenta si

---

(107) Cfr. Diritto Processuale.... pág. 165.

resulta viciado; y ésto, porque las normas procesales - no consienten que se indague sobre la intención del sujeto agente; de ser así, afirma Rocco, "el proceso civil sería detenido a cada momento y no podría funcionar la justicia civil" (108). La cuestión cambia rotundamente con relación a los "actos del órgano jurisdiccional", y a los actos de parte que implican "manifestaciones de voluntad dispositivas", esto es, a los "negocios jurídico-procesales". Respecto a los primeros se establece que, aunque la ley normalmente no tiene en cuenta el proceso interno que precede a la formación del acto de voluntad, sin embargo, en el caso de los actos de los órganos jurisdiccionales y, específicamente, en la sentencia, este proceso formativo de la voluntad debe aparecer y ser documentado, no sólo en aquellas que desembocan en un acto de voluntad (sentencias de condena), sino también en aquéllas que se traducen en un puro juicio lógico (sentencias meramente declarativas) (109). En

---

(108) Rocco (Op.cit., pág. 257) no sólo se manifiesta contrario a todo intento de indagación sobre la subsistencia de un elemento causal en esta clase de actos. En este sentido critica la tesis de Carnelutti y afirma rotundamente que no se puede hablar de causa de los actos procesales de parte (que son "pure manifestazioni di volontà") en cuanto que el derecho procesal objetivo no tiene en cuenta este requisito.

(109) Cfr. Trattato... pág. 276). En la relación que hace Rocco de los vicios que afectan a los actos del óx



cuanto a los llamados "negocios jurídico-procesales" -  
(110) según Rocco, se rigen en principio por las normas que regulan la validez de los negocios jurídicos de derecho privado, pero en atención a su carácter de negocios de derecho público y como quiera que formalmente son actos procesales de parte, se comprende que el órgano jurisdiccional pueda ejercer cierto control sobre ellos y que no siempre resulte útil acudir a las dispo-

---

gano jurisdiccional, hay que distinguir: a) Los referentes a la constitución del órgano (defecto de jurisdicción e incompetencia) o a la intervención del Ministerio Público; b) Los atinentes a la voluntad: error de hecho o de derecho, la violencia y el dolo; c) Los que emanan de la falta de correspondencia entre el contenido y la forma del acto; y d) Los que implican la inobservancia de los requisitos formales. Se observa que Rocco no establece una clara distinción entre los vicios que dan lugar a la nulidad y los que originan la injusticia del acto.

- (110) La figura del negocio jurídico-procesal es una de las mas discutidas de la actualidad. Algunos autores la admiten como una de las subespecies del acto procesal, pero en todo caso su contextura depende de la idea que se tenga del negocio jurídico en general (Cfr. Guasp: Comentarios... Pág. 654). Lo único cierto es que el tema no ha sido agotado por la doctrina alemana y menos aun por la italiana (Cfr. Rocco: Op. cit., pag. 288); en cuanto a la doctrina española, en términos generales se rechaza esta categoría (Cfr. De la Plaza: Op. cit., pag. 411, Tomo I) Prieto Castro (Manual... pag. 278) se opone rotundamente a su admisión. En la doctrina general la obra clásica sobre esta institución es la de Emilio Betti: Teoría General del Negocio Jurídico, (Trad. de Martín Pérez, Madrid, 1959).

siciones del Código Civil.

En el fondo de estas posturas, objetivamente consideradas, late un inquietante conflicto: si el acto procesal, como todo acto jurídico, es en esencia "un hecho voluntario" (no es tanto un hecho humano como un hecho voluntario) es inexplicable que, precisamente, este elemento voluntad no asuma en él ninguna importancia y que, por ende, los vicios que lo afectan no sean objeto de consideración por el derecho positivo (111); y, por otra parte, si la misión de la forma es exteriorizar la concurrencia del elemento voluntario, ponerlo fuera de duda (ya que de lo contrario sería imperceptible) no se explica hasta qué punto es necesario indagar mas allá - de estas señas exteriores inequívocas, máxime si con ello se desvirtua el fin práctico del proceso, que se vería a cada momento truncado y debordado de su cauce normal. (112)

Quizás, la solución del conflicto haya que buscarla en el hecho de que ninguna de las dos tesis extremas puede aceptarse como absoluta. La extraordinaria importancia que reviste el aspecto formal en la regula-

---

(111) Cabría formular esta observación a la tesis de Carlo Forno.

(112) Se podría sostener que esta dificultad no encuentra una respuesta satisfactoria en la tesis de Carlucci.

ción de los actos procesales, no suprime la subsistencia de los elementos voluntarios que en ciertos casos - específicos reciben un tratamiento especial. El elemento formal es fundamental, sí, nadie lo duda; el mismo - Carnelutti advierte que "el acto puede no regularse con respecto a cualquier otro de sus caracteres, pero tiene que regularse en lo que toca a la forma si ha de ser un acto jurídico (113); por tanto, no es difícil deducir - que, en cierto sentido, cualquier vicio extraformal del acto presupone un apartamiento de las normas que regulan su aspecto formal. Pero, esto no significa que la forma sea el único carácter del acto procesal, por el contrario, existen otros no tan relevantes como aquél (la posibilidad e idoneidad del objeto), ni tan frecuentemente regulados, pero que no queda más remedio que admitir. Además, hay requisitos que se salen de lo estrictamente formal (la capacidad, la legitimación y postulación procesal) y que sin embargo se dan con tanta frecuencia -- que no tendría sentido negar su existencia.

---

(113) Cfr. Instituciones..... pág. 274. Agrega este autor que a su vez, la regulación formal mínima es la regulación del contenido; lo que sucede es que a veces esta regulación se hace de manera tan sintética, o por definición, escapando a la observación que esto constituya una regulación formal y, parece, por tanto, que la ley en ciertos casos no establece ningún requisito de forma.

En rigor de verdad, el problema estriba en - que es difícil apreciar los requisitos no formales, sobre todo si no se desvanece la creencia de que el modelo del acto viene dado, únicamente, por la disposición que lo autoriza y no por todo el Derecho objetivo como en realidad sucede. Pero, además, conviene precisar la función que cumple el elemento formal en la estructura del acto jurídico. Redenti (114) ha observado que, primitivamente, la eficacia jurídica iba ligada de ordinario (aún en el campo de los actos jurídico-materiales) al empleo de ciertas formas exteriores (115); al evolucionar el derecho se comienza a pensar en la razón del acto, hasta que en el Derecho Civil prevalece la contemplación del consentimiento, esto es, de la voluntad, sobre la forma exterior. Sin embargo, el derecho procesal no experimenta esta transformación debido al carácter directamente dispositivo (sobre los propios bienes, sobre los propios derechos o sobre la propia libertad) que asumen los actos jurídico-materiales, mientras que los actos procesales, por el contrario, van tomando el aspecto de simples peticiones endilgadas a obtener un pronunciamiento judicial o de simples informaciones del

(114) Cfr. Diritto Processuale, pág. 142.

(115) Recuérdese que en opinión de Chiovenda "el ingenio primitivo de los primitivos estaba dominado por la estética de la forma."

juez. Es fácil intuir, añade Redenti, como ésto determina una diversa evolución del régimen jurídico, además de que si se admitiese la posibilidad de indagar en cada acto si concurre el elemento voluntario, surgirían complicaciones y trabas fatales para el curso del proceso (116).

En la actualidad, la doctrina procesal dominante tiende a delimitar esta materia reservando el concepto de "requisito de forma", para aquellos signos en virtud de los cuales el acto se manifiesta al exterior (el idioma, el lenguaje: si es oral o escrito) y además, el medio a través del cual el acto se comunica a la parte contraria o al órgano jurisdiccional (lo cual se traduce en una comunicación que puede ser directa o inmediata, o a través de un órgano o persona, en cuyo caso es mediata o indirecta) (117).

---

(116) Agrega este autor (Diritto..., pág. 142) que "hay que tener presente que en el proceso actúan como - garantía contra los peligros de eventuales errores o aberraciones de conducta, el deber de justicia - del juez, con los cuales se combinan los deberes - que conlleva la representación y asistencia técnica de los precursores de las partes".

(117) Según Guasp (Derecho Procesal, Pág. 306) "forma es la disposición con que el acto aparece al exterior" y se aplica al momento de la producción y al de la recepción de la actividad", con lo cual cubre los dos aspectos de la definición que hemos dado. Rosco (Op.cit., pág. 261) al primer aspecto lo designa con el nombre de modo y al segundo de "medio", añadién-

Los argumentos expuestos concitan una serie - de reflexiones que al resumirlas, reflejan el carácter relativo que estigmatiza a toda clasificación del vicio que se intente llevar a cabo teóricamente y sin referir la a un sistema legislativo concreto.

Resumiendo, pues, estimamos que dado el estado actual de la ciencia procesal, la única catalogación útil del vicio es la que adopte como punto de partida - las clases de requisitos del acto procesal; pero, que no obstante, toda clasificación que se elabore con este criterio debe abandonar, por ahora, toda pretensión de plautud, mientras no se arribe a una ordenación definitiva de los requisitos y debe tener en cuenta que, en todo caso, de la problemática de la nulidad se excluyen - los vicios que apuntan a la justicia del acto. Por tanto, comprende tanto los vicios formales como los extra-formales, pero sin desconocer que estos últimos pierden importancia frente a los estrictamente formales, circunstancia que implica las siguientes consecuencias:

a2) Que por regla general el juzgador sólo puede valo-

---

do además los de "tiempo" y "lugar" (que Guasp y Carnelutti consideran como requisitos independientes), como si constituyeran cuatro diferentes fases del requisito formal del acto.

rar el vicio que afecta la voluntad declarada.

b') Que una intención inexpressada (*in mente repositum*) permanece por ello irrelevante.

Por último, no se puede omitir que las consecuencias jurídicas del vicio resultan, en el ámbito del derecho procesal, notablemente restringidas por virtud de los medios de subsanación.

#### D. SUBSANACION DEL VICIO DEL ACTO PROCESAL:

Razones poderosísimas que no es el caso volver a comentar justifican que el ordenamiento jurídico no sea indiferente al vicio y que, por el contrario, reaccione contra él facilitando su enmienda cuando sea posible y cuando no, convirtiéndolo en algo irrelevante. Este evento ha sido designado de distinta manera por los autores: los alemanes (Rosenberg, ante todo) aluden a la "enmienda del acto defectuoso"; en la doctrina italia

---

do además los de "tiempo" y "lugar" (que Guasp y Cagnelutti consideran como requisitos independientes), como si constituyeran cuatro diferentes fases del requisito formal del acto.

na, Satta (118) prefiere referirse a las "limitaciones objetivas y subjetivas de la nulidad"; Liebman (119) - trata de la "extensión de la nulidad"; Furno (120) de los principios de conservación, convalidación y renovación del acto procesal y Carnelutti (121) elabora el - concepto de "remedio del acto procesal"; en la doctrina española, se impone la noción de "subsanación de la nulidad procesal" (122).

De los términos enunciados, "remedio" es el único que responde a una construcción jurídica científica y es el que hubiésemos adoptado si no es porque a ello se oponen insoslayables razones de orden práctico. En primer lugar, porque Carnelutti le otorga a este - concepto un significado demasiado amplio, acorde con - su teoría general del acto jurídico, comprensivo no sólo

---

(118) Diritto Processuale, pág. 188-189; Commentario... pág. 538.

(119) Op.cit., pág. 217.

(120) Op.cit., pág. 403 y sig.

(121) Cfr. Teoría General (2ª Ed., pág. 422), en la que se refiere a los "remedios del acto jurídico"; y en las "Instituciones...." pág. 311, en la que trata de los "remedios del acto procesal".

(122) Es esta la expresión que emplean Morón: Op.cit., pág. 203; Prieto Castro: Manual.... pág. 273 y Gómez Orbaneja: Op.cit., pág. 189 y sig.



lo de los medios impuestos por el derecho objetivo para restituir la legalidad dentro del proceso (legalidad - que ha sido vulnerada o desvirtuada por el vicio), sino también de los medios que tienden y coadyuvan a la consecución de un resultado justo (a la justicia de lo resuelto) y por ello incluye la rescisión, la revocación y en general, la impugnación procesal, fenómenos que exceden los límites de la nulidad procesal y que sólo abogaremos en la medida en que se encuentran vinculados a la figura de la invalidación, es decir, a la alegación relativa a la nulidad misma. En segundo lugar, porque esta noción excluye la materia referente a lo que el mismo Carnelutti denomina "limitaciones a la extensión de la nulidad", cuya afinidad con el tema no se puede desconocer. Por último, no ha escapado a nuestra observación que en la doctrina española el término remedio - tiene una aplicación distinta de la que estrictamente - le atribuye la doctrina italiana: así, Prieto Castro - (123) considera como "simples remedios las vías para la impugnación que no producen el efecto de transmitir la competencia al Tribunal distinto (superior) por contraposición a los recursos que tienen como nota característica el "efecto devolutivo"; y, si bien es cierto que - no todos los procesalistas españoles adoptan la distin-

---

(123) Cfr. Manual.... pág. 303.

ción formulada por este autor y compartida por De la Plaza (124), la impropiedad de la terminología respecto a este punto subsistirá mientras no se arribe a una plena coincidencia en torno al carácter específico de los llamados medios de impugnación o recursos.

De allí el por qué nos acogemos a la expresión "subsanción" que goza en el derecho español de una larga tradición, sin que por ello ocultemos el temor de que se preste a inexactitudes, ya que, por una parte, no siempre la reacción del orden jurídico frente al vicio se resuelve en una subsanción o sanatoria: por ejemplo, cuando el acto viciado resulta convalidado (por haber transcurrido el término para invalidarlo) el vicio o defecto no desaparece, no sana, por el contrario, subsiste, pero en adelante resultará irrelevante para el ordenamiento jurídico; por esta razón los tratadistas alemanes (Forsthoff, Rosenberg) prefieren señalar que en este caso "el defecto es superado y pierde importancia para el orden jurídico" (125). Por otra -

---

(124) Op.cit., pág. 607. Este mismo autor nos da cuenta de los reparos que a la tesis de Prieto Castro dedica Gómez Orbaneja. Por su parte, Guasp (Derecho Procesal, pag. 1378) emplea la expresión "procesos de impugnación" englobando con ello a ambos conceptos.

(125) Rosenberg: Op.cit., pág. 440; Forsthoff: Op.cit. pag. 316.

parte, quienes la emplean con mayor frecuencia -principalmente Morón- alude a la "subsanción de la nulidad o del acto nulo", dando a entender claramente que la nulidad o el acto nulo es frecuentemente subsanado (126). - Contra los que así se expresan arguye Satta (127) que - el hecho de que la convalidación suceda al vicio (a la violación o apartamiento de la norma) lleva a algunos la impresión de que se ha producido una subsanción, una sanatoria, es decir, "que se ha dado una nulidad, pero que ha sido quitada de en medio por virtud de un remedio curativo posterior", pero no es así, responde él mismo, "la nulidad si existe no puede ser sanada, del mismo modo que el muerto si existe no puede ser resucitado y si resucita es porque no había muerto". Francamente, esta contradicción entre los argumentos de Satta y las expresiones de Morón no se explica sino es por la notoria confusión en que se encuentran sumidos quienes no discriminan dentro del fenómeno de la nulidad, la falta del vicio, la eficacia anormal y la subsanción del vicio. Para nosotros resulta evidente que la sanatoria

---

(126) Morón (Op.cit., pág. 203) expresa textualmente: - puede decirse que el acto nulo se subsana cuando la nulidad ha sido reparada o remediada.

(127) Cfr. Comentario.... pág. 540.

actua sobre el vicio o defecto y no sobre la nulidad - 'strictu sensu'; o sea que al producirse el vicio, los medios de subsanación no devuelven la validez al acto - nulo, sino que evitan que se produzca esta consecuencia dañosa, curando o superando aquel vicio procesal.

Por esta razón, el dilema que aun persiste en la doctrina, reviste un cariz diferente al planteado - por Satta. En efecto, se estima que para el derecho - procesal no hay vicio que no pueda ser sanado posterior - mente y, en consecuencia, se duda que existan verdaderas nulidades absolutas, en el sentido en que las concibe - el Derecho Privado. Que las opiniones a este respecto distan mucho de ser uniformes, se aprecia claramente en el ensayo de Carlos Viada (128) que ha tenido el cuida - do de agrupar los autores que se manifiestan a favor o en contra de una convalidación ulterior. En la actuali - dad, se puede asegurar con toda certeza que la duda se reduce unicamente a la sentencia, porque en cuanto a los demás actos procesales todos sus vicios o defectos des - parecen al dictarse el acto final y decisorio. Quienes explican este fenómeno parecen denotar que la sentencia actua en este caso como un verdadero remedio, que sana

---

(128) Irregularidades....".

los vicios de los actos intermedios del proceso (129), pero esto no explica cómo, en ciertas ocasiones, la decisión del Juez no sana, sino que por contra, resulta afectada, viciada por las irregularidades cometidas en la actividad procesal que con ella se concluye o remata. Lo cierto es que la respuesta es preciso buscarla en la naturaleza misma del acto procesal. Tal como advierte Jaeger (130) la función de tales actos se agota dentro del ámbito del proceso en el cual se han cumplido, y por tanto, el vicio del acto intermedio se ve sometido a la siguiente disyuntiva: o, es tal su envergadura que afecta todo el procedimiento que le sucede, actuando de rechazo contra la sentencia, o bien, deviene del todo irrelevante para el ordenamiento jurídico, en cuyo caso es más exacto decir que "desaparece con la sentencia" (y no que ha sido subsanado). Desde este punto de vista está Rosenberg (131) en lo cierto cuando predica de

---

(129) Nulow (cit. por Calamandrei: Vicios de...pág.431) afirma que "en las legislaciones modernas gran parte de los vicios se sanan con la sentencia". El mismo Calamandrei añade que "en la realidad de los derechos positivos, vemos que el proceso tiene de a corregir en sí mismo los propios vicios y a ejercer en sí mismo una especie de auto-control".

(130) Cfr. Jaeger: Op.cit., pág. 351-360.

(131) Op.cit.,pág. 445.

los actos de parte que "sus faltas no son nunca nulidad en el sentido del derecho privado, porque no existe defecto alguno que no pueda ser enmendado de algún modo".

En cuanto a las sentencias, Calamandrei (132) nos da cuenta de lo pertinaz y rica en argumentos que ha sido la polémica; posteriormente, veremos que la doctrina moderna se inclina a considerar que, excepcionalmente, ciertos vicios extremos no pueden ser sanados - con el transcurso del término de impugnación.

a) Limitaciones a la extensión de la nulidad:

La doctrina procesal italiana elaboró el principio de la independencia o conservación de los actos - procesales, principio que quedó consagrado definitivamente en el artículo 159 del Código de 1941. Sus aplicaciones se manifiestan claramente en dos direcciones:

a') La que se dirige al acto singularmente considerado y prevé la posibilidad de que resulte parcialmente ineficaz de dos maneras distintas. En el primer ca-

---

(132) Precisamente, el designio que persegue Calamandrei en su ensayo sobre los "Vicios de la sentencia y medios de gravamen" es comprobar que ciertas imperfecciones de la sentencia, que dan lugar a su inexistencia, no pueden subsanarse posteriormente por el mero transcurso del tiempo.

so, se dispone "que si los efectos jurídicos de un acto son más de uno y el requisito que falta no es indispensable para todos, se producen aquellos efectos con respecto a los cuales no es esencial el vicio (133). En el segundo caso, teniendo en cuenta su estructura interna, se prescribe que "la nulidad de una parte del acto afecta a las otras partes que sean independientes" (134). - Observa Carnelutti que esta norma se refiere evidentemente a los actos complejos, dentro de los cuales la teoría moderna distingue los actos concursales (o subjetivamente complejos) y los continuados (u objetivamente complejos)

b') La que se dirige al acto procesal, considerado no aisladamente sino integrado a un procedimiento. Precisamente, el hecho de que los actos procesales ordinariamente no se presentan aislados, sino conectados entre sí, formando una serie dentro de la cual se dan entre ellos vínculos de dependencia más o menos estrechos, influye considerablemente en el tratamiento que se le ha dado a la nulidad procesal en las legislaciones modernas; y es que, no es difícil prever que la nulidad de -

(133) Carnelutti: Instituciones: pág. 308. Al mismo resultado arriba el art. 51 de la LPA cuando establece: "los actos nulos que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto, producirán los efectos de este."

(134) El inciso 2º del artículo 50 de la LPA dispone: "La

un acto se comunica o traslada a aquéllos que dependen de él y eventualmente al proceso entero, sobre todo si no existe una norma que evite o limite este contagio. - Liebman (135) añade que particular gravedad ofrece la nulidad del acto inicial, la demanda, que si no es sanada comporta la nulidad de todo el proceso.

Por esta razón, las legislaciones modernas se preocupan de salvar de la ineficacia absoluta la actividad procesal que se ha desarrollado y que no depende directamente del acto afectado. En tal virtud, el inciso 1º del artículo 159 del Código Italiano dispone que "la nulidad de un acto no lleva consigo la de los actos precedentes ni la de los sucesivos que sean independientes" (136).

Ya en otra ocasión hemos advertido que la Ley no contiene una disposición parecida al artículo 159 -

---

invalides parcial del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquella".

(135) Cfr. Liebman: Op.cit., pág. 217. Este mismo efecto nocivo para el proceso entero se le atribuye a los presupuestos en la doctrina de Chiovenda, concepto que ha sido modificado posteriormente.

(136) El artículo 50, (inciso 1º) prescribe: "la invalidez de un acto no implicará la de los sucesivos - en el procedimiento que sean independientes del primero."



del Código Italiano, por lo cual es dudoso que en el sistema procesal español tenga alguna aplicación el principio de independencia o conservación de los actos procesales (137).

b) La convalidación:

Es sin duda el principal y el más efectivo de los medios de subsanación, pero no por ello es menos difícil concretar su significado exacto; generalmente se le atribuye un sentido más amplio del que en realidad tiene; Guasp (138), por ejemplo, la define como "aquella específica actividad que tiende a remediar la ineficacia de un acto originada por su invalidez", concepto que encaja no sólo a la convalidación sino también a la renovación, a la rectificación y en general a todos los remedios procesales; pero, todavía más impreciso es Morón cuando afirma que "la subsanación por convalidación puede llamarse también sanatoria, porque hace referencia a la sanación de lo que se produjo viciado"(139).

---

(137) Es por ello que Guasp admite que en el Derecho Español se dan verdaderas nulidades del procedimiento, fenómeno que Carnelutti excluye del derecho italiano vigente (Instituciones.... pág. 309).

(138) Comentarios....., pág. 673.

(139) Op. Cit., Pág. 204.

En sentido estricto, "la convalidación es un 'quid', una actividad que no tiende a eliminar el vicio sino que lo compensa y por ello, tal como advierte Carnelutti (140) "obra como un equivalente del requisito - cuya falta constituye el vicio". Cuando, a pesar de la imperfección del acto se produce un hecho que este estaba destinado a provocar, se dice que el acto ha sido convalidado. Por eso es correcto decir que en el supuesto que contempla el artículo 279 de la LEC, la comparecencia del notificado convalida la notificación hecha irregularmente; no es que con aquel acontecimiento se hayan enmendado las faltas legales cometidas en el acto de notificación, sino que tales faltas, al comparecer el sujeto que fue mal notificado, devienen irrelevantes para el ordenamiento jurídico. Por esta razón - afirmábamos anteriormente que la expresión "subsanción" no encaja exactamente al remedio de la convalidación.

El Código Italiano preve tres distintas aplicaciones del principio de convalidación:

- a') El inciso 1º del artículo 157 dispone que si la ley no prescribe que sea pronunciada de oficio, la

---

(140) Teoría General, pág. 431.

mulidad no puede declararse sin instancia de parte. -  
Aquí el evento convalidante hay que verlo en la omisión  
de la invalidación en los casos en que la Ley no autori-  
ce la nulidad ex officio.

b') El inciso 2º del mismo artículo, al establecer que  
"Solamente la parte en cuyo interés es establecido  
un requisito puede oponer el vicio (el legislador emplea  
equivocamente la palabra nulidad en lugar de vicio) por  
la falta de ese requisito, pero debe hacerlo en la pri-  
mera instancia o en la oportunidad que siga al acto o  
al momento en que haya tenido noticia de él". Explica -  
Furno (141) que esta regla establece un doble límite: un  
límite condicional de legitimación para oponer el vicio;  
y un límite temporal, cuya inobservancia tiene por efec-  
to la decadencia del poder para oponer el vicio mismo;  
decadencia que comporta la convalidación del acto vicia-  
do.

Pero la aplicación más ambiciosa de este prin-  
cipio es la que se desprende del último párrafo del ar-  
tículo 156 que ordena: "la nulidad no puede ser proma-  
ciada nunca si el acto ha alcanzado el objetivo a que -

---

(141) Op.cit., pág. 425-426

estaba destinado" (142). Con razón afirma Furno que esta regla "no sólo constituye el más formidable obstáculo contra la posibilidad de invalidar los actos del proceso, sino que, además, reduce grandemente la importancia de todas las otras aplicaciones particulares del principio de convalidación." (143)

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, - aparte del supuesto que contiene el párrafo 2º del artículo 279 (sobre la posibilidad de convalidar la notificación no practicada con arreglo a las normas legales), no existen al respecto disposiciones de carácter expreso, semejantes a las del Código Italiano. No obstante, con base en los artículos 1696 y 859 se puede admitir - que, en términos generales, si el vicio de un acto no se opone o aduce dentro del término y en las condiciones que la Ley señala para su impugnación en virtud de los recursos, el acto viciado resulta convalidado. En efecto, el artículo 1696 impide la admisión del recurso de casación en la forma si no se pidió oportunamente - (en la instancia en que se cometió o en ambas instancias)

---

(142) Para elaborar esta norma el legislador italiano - únicamente tuvo que extender a los demás actos procesales el principio que ya funcionaba para la notificación (Ofr. Carnelutti: Teoría General, pag. 431).

(143) Op.cit., pág. 426.

la subsanación de la falta que sirve de fundamento al recurso; y, aunque su redacción es un tanto confusa, no es difícil advertir que lo que el legislador español quiere en realidad es que la falta sea aducida oportunamente por la parte a quien ella perjudica y que su aquiescencia o indiferencia es índice suficiente para que el orden jurídico la tenga como irrelevante. Al menos así lo ha entendido el Tribunal Supremo, reiterando en más de una ocasión la siguiente doctrina: "No puede decirse que se pidió la subsanación si en tiempo no se utilizaron los recursos legales contra las resoluciones origen de la falta (Se. 31 de octubre de 1912, 10 de enero de 1913 y 10 de Marzo de 1945). Por lo que toca al artículo 359 se advierte claramente la exigencia de prescribir para la estricta invalidación el mismo término y los mismos requisitos que se señalan para la apelación y por ende, que la omisión de ésta no sólo produce la cosa juzgada formal en cuanto a los errores de juicio, sino que, además, convalida los vicios de procedimiento cometidos en la primera instancia.

Ahora bien, es indiscutible que la convalidación tiene un límite y, a este propósito, la doctrina se ha fatigado mucho para determinar "qué nulidades pueden ser objeto de este remedio y cuáles no" (144). En (144) Morón (Op.cit.,pág.206) enumera los supuestos de nulidad que no son convalidables.

nuestro caso, y sin abondar en el tema de la sentencia, el problema se reduce a determinar qué vicios procesales pueden ser convalidados. Cabe advertir, que no es posible hacer esta determinación teórica de un modo riguroso, pero en términos generales, se puede asegurar - que los vicios que dan lugar a la ineficacia absoluta e inmediata del acto (supuesto que muchos autores designan como inexistencia jurídica), no pueden ser convalidados posteriormente; tampoco lo pueden ser los que dan lugar a la simple irregularidad del acto. Las razones son harto conocidas: los primeros, no sólo porque el acto se reputa como inexistentes, sino porque es originalmente incapaz para producir cualquier efecto posterior y ni siquiera el evento o el "quid" que da lugar a la convalidación misma; los segundos, porque son válidos desde su origen y como tal no necesitan ser convalidados. De esto se deduce, que los únicos vicios que en verdad pueden ser convalidados son los que dan lugar a la "ineficacia sobrevenida", esto es, aquellos que no producen una ineficacia instantánea, ingénita al acto, sino un estado de pendencia de condicionalidad: su anulabilidad. Reputamos correcta la tesis de Carnelutti(145)

---

(145) Teoría General, pág. 434.

para quien la convalidación es un remedio que tiende a suprimir el estado de pendencia que a veces ocasiona - el vicio.

c) La invalidación:

La preponderancia que han adquirido los llamados medios de impugnación o recursos en el derecho procesal ha opacado y si se quiere, postergado a un plano insubstancial este concepto. Para Guasp (146) la "invalidación es aquella específica actividad que tiende a - poner de manifiesto la nulidad de un acto", o bien, "la petición dirigida a que se reconozca la nulidad de un - acto procesal", tal como afirma Carnelutti. (Por tanto, no hay que confundirla con la estricta impugnación o recurso, que procura la rescisión de un acto perfecto, pero injusto; aunque en ocasiones vaya ligada a ella y - sea absorbida por esta última. En el estado actual de la ciencia procesal, se puede afirmar que esta distinción ha sido plenamente lograda y hoy nadie osa discutirla, sobre todo a partir de la monografía de Calamandrei sobre los vicios de la sentencia y los medios de gravamen.

---

(146) Comentarios..... pág. 674.

Lo que no se comprenda fácilmente será, quizás, las razones que se han tenido para incluir la invalidación entre los medios de subsanación o remedios del acto procesal siendo así que ella tiende, precisamente, a lograr su anulación, a quitarlo de en medio. Los agudísimos razonamientos de Carnelutti (147) han despejado toda duda al respecto y han puesto de manifiesto, que si bien la invalidación no sana el acto viciado en el sentido de que lo enmienda, sí produce el mismo resultado, ya que al destruir el acto, con él se destruye el vicio. Se podrá argumentar que esta medida es contraproducente, ya que de lo que se trata es de evitar la destrucción e inutilidad del acto, pero los que así razonan no comprenden que la invalidación es un medio mucho más efectivo que la convalidación para hacer desaparecer la anulabilidad, que al fin y al cabo implica un estado de inseguridad e inseguridad tan perjudicial para el proceso como la ineficacia misma. Además, por lo general la invalidación y la consiguiente declaratoria de nulidad debe preceder a la renovación, tal como veremos oportunamente.

d) La declaratoria de nulidad ex officio:

---

(147) Teoría General, pág. 438.



Las mismas razones que justifican la consideración de la invalidación como medio de subsanación del acto anulable, sirven para que se le otorgue el mismo tratamiento a la declaratoria de nulidad ex officio; puesto que la circunstancia de que en este último caso la cancelación del acto se produzca por iniciativa del Juez no cambia en lo absoluto el planteamiento hecho anteriormente.

En este punto, la dificultad consiste en determinar cuándo procede la declaratoria de nulidad por iniciativa del órgano jurisdiccional. La verdad es que, - por más que la doctrina se ha afanado en encontrar una fórmula idónea para establecer con certeza tales supuestos, los resultados han sido malos (148). En el Derecho Positivo prevalece la tendencia a limitar la declaratoria ex officio, a los casos expresamente señalados en la ley, tal como se desprende del párrafo 1º del artículo 157 del Código Italiano.

Aunque en la LEC no se reconoce expresamente esta solución, coincidimos con Morón, en cuanto a que - ésta es la regla que prevalece en el sistema español. En

---

(148) Cfr. Márquez Caballero: "Nulidad y subsanación ex officio en el proceso Civil (Revista de Derecho - Procesal, Madrid, 1945.)"

tres ocasiones, refiere este autor, atribuye la LEC esta facultad del órgano jurisdiccional: caso de incompetencia por razón de la materia (art. 74), de incompetencia por razón del valor (art. 491) y supuesto de actos del juez verificados bajo la intimidación o la fuerza - (Art. 442). A nuestro parecer, en todo caso dependerá de la gravedad del vicio que el Juez pueda actuar ex officio, ya que los supuestos apuntados se pueden dar de una manera tan leve que no justifican una excepción al principio de contradicción procesal.

e) La rectificación:

En la Teoría de Carnelutti, la rectificación admite una acepción general y comprende, "tanto la renovación (rehacer por completo un acto de modo que el nuevo acto tenga los requisitos que faltan), como la "rectificación 'strictu sensu' (realizar otro acto que le añada al acto rectificado los requisitos que faltan)". Este último es, a nuestro parecer, el único significado que cabe atribuir a la rectificación.

Ya hemos insinuado que este remedio actúa sobre el acto simplemente irregular, de allí que su misión no consista en quitar o agregar efectividad, ya que aquél es originalmente válido. Constituye pues, una 'contra-

dictio in terminis' hablar de la rectificación del acto mulo.

Implica la corrección de un vicio leve y a esta circunstancia se debe que para el ordenamiento jurídico sea indiferente que se realice por iniciativa del mismo órgano que dictó el acto (v.gr. el artículo 363 - de la LEC prevé la aclaración de la sentencia oscura de oficio o a solicitud de parte), o por un órgano superior (v.gr. el artículo 373 de la LEC que atribuye la facultad rectificadora al Tribunal Supremo y a las Audiencias, respecto de los actos cumplidos en las instancias inferiores) o, en fin, por la misma parte que realizó el acto. En este último aspecto, algunas legislaciones atribuyen una gran importancia a la "corrección de la demanda con que se inicia el proceso" (149).

f) La renovación:

Renovar un acto significa, no cabe duda, repetir, rehacer ex novo un acto ya cumplido anteriormente.

---

(149) A título de ejemplo, el Código Judicial de Panamá en su artículo 308 dispone: "La demanda puede aclararse, corregirse o enmendarse por el actor, mientras no se haya notificado la providencia que abre la causa a pruebas". Este procedimiento ha sido sustituido en algunas legislaciones como la LEC - por la "réplica y la réplica" (Art. 545).

Parece estar muy arraigada la idea de que este remedio presupone indefectiblemente la nulidad del acto, declarada en virtud de una pronunciación jurisdiccional. La verdad es que así sucede por regla general, pero eso no quita que la parte que lo cumplió pueda repetirlo espontáneamente, siempre que la renovación tenga lugar dentro del término para hacerlo.

Pero, en doctrina este medio de subsanación - plantea un problema mucho más grave que el que acabamos de enunciar. Específicamente, preocupa a la doctrina italiana determinar si el Juez puede ordenar la renovación de un acto nulo después de haber vencido el término perentorio para cumplirlo, con base en lo que prescribe el inciso 1º del artículo 162. La cuestión resulta mucho más complicada por el hecho de que el Código anterior, en su artículo 58 "prohibía la renovación - después de la decadenza de tales términos, salvo los casos determinados en la Ley" y, en cambio, la disposición vigente sólo expresa "que el Juez dispondrá la renovación cuando sea posible". Carlo Furno (150) que ha dedicado a este asunto una interesante monografía es de opinión que pese a la decadenza del término perentorio para cumplirlos, la renovación procede a menos que la nulidad del acto que se pretende renovar haya derivado, -

---

(150) Nullità e rinnovazioni..... pág. 441.

precisamente, de la decadencia del término, o que la situación producida en el intervalo no permita que el proceso retorne sobre sus propios pasos. A esta misma conclusión arriba Liebman (151).

Se observa, sin embargo, que este conflicto - no tiene cabida en la legislación española. Lo que sí - existe es una aparente contradicción entre el artículo 1º del Decreto Ley de 2 de abril de 1924 que prescribe: "los términos procesales no pueden abrirse de nuevo después de cumplidos por vía de restitución ni por otro motivo" y el artículo 1766 de la LEC que ordena devolver los autos a la Audiencia de que procedan, una vez que - se haya casado la sentencia por quebrantamiento de forma, "para que los repongan al estado que tenían cuando se cometió la falta. La realidad es que el sistema español, como no reconoce el principio de independencia - de los actos procesales, al declararse la nulidad de un acto, con él se anula toda la porción del procedimiento que le precede incluyendo los términos, dejando estos - de constituir un obstáculo para cualquier renovación - posterior. Esta circunstancia explica también por qué

---

(151) Op.cit., pág. 226.

la renovación, siendo un remedio tan eficaz para enmendar toda clase de vicios, tiene en este sistema una escasa aplicación; y es que, a fin de cuentas, apunta a - una verdadera crisis del proceso (152).

---

(152) Este aspecto ha sido tratado por Guasp, quien lo configura como una de las manifestaciones de la - "crisis de actividad procesal" (Cfr. La Paralización del Proceso y sus diversas formas", Año VII, Nº 3, 1951.)

## CAPITULO IV

### LA TEORIA DE LA NULIDAD APLICADA EN PARTICULAR A LA SENTENCIA.

Dentro del tema general de la nulidad, la sentencia ha encontrado en todas las épocas una consideración especial y preferente. En cierto sentido cabe - apuntar que la teoría de la nulidad de los actos procesales fue inicialmente una teoría de horizontes mas reducidos, circunscrita a la sentencia. Aún hoy, no pocos autores deparan a los actos del órgano jurisdiccional (y específicamente a la sentencia) un tratamiento - distinto del que le asignan a los actos de parte y en - los Códigos antiguos y modernos se suelen dedicar algunas disposiciones particulares a esta materia,

Sin embargo, hoy se pueda afirmar que la nulidad se concibe como un fenómeno que acontece al acto procesal en general, sin distincos; ahora que, dadas - las distintas funciones que cumplen dentro del proceso, las consecuencias jurídicas del vicio no pueden ser las

mismas para todas las clases de actos; a este propósito, la sentencia, por ser el acto con el que normalmente culmina el proceso, provoca, naturalmente, situaciones excepcionales que justifican un apartamiento en las directrices generales del tema.

Vista la doctrina elaborada en torno a la nulidad de sentencias, a la luz de los conceptos expuestos en el capítulo anterior, surgen tres interrogantes que, a nuestro juicio, merecen una atención especial, a saber: la determinación de los vicios del fallo; los medios existentes para lograr su invalidación; y la posibilidad de que algunos de sus vicios sean insubsanables.

a) Determinación de los vicios de la sentencia:

Si el legislador ha observado, por regla general, una actitud mesquina en la formulación de los requisitos de los actos procesales, no ha sucedido lo mismo con respecto a la sentencia. Así vemos que, tanto en las legislaciones antiguas como en las de corte moderno, se consagran normas especiales que describen la forma y el contenido a que deben ajustarse los fallos; sin ir más lejos, la LEC dedica el Título VIII de su Libro I a la regulación del "modo y forma en que han de dictarse las resoluciones judiciales" y también, el Código italiano de 1941, con mejor técnica describe en su



artículo 132 cuál debe ser el contenido de la sentencia.

Así pues, es evidente que, por encima de cualquier otra consideración, para determinar si una sentencia adolece de algún vicio que pueda provocar su ineficacia o simple irregularidad, ante todo hay que considerar si el Tribunal que la profirió cumplió con los requisitos descritos por el derecho positivo. Frente a los que pretenden establecer que el origen de la nulidad de sentencia hay que verlo en la falta de un elemento conceptual, o en la naturaleza del precepto transgredido, Calamandrei (1) ha sostenido que, a la postre, "esta es una cuestión de derecho positivo que se resuelve de modo diverso según las legislaciones".

Situados como estamos en un plano netamente doctrinal, no cabe otra cosa que formular a este aserto algunas observaciones de carácter general:

1º) En primer lugar, no hay que perder de vista que, en cuanto a la enumeración de los requisitos legales de la sentencia, como de cualquier otro acto jurídico, la labor siempre se ha realizado en este aspecto de

---

(1) Vicios de la sentencia, pág. 430.

modo casi totalmente empírico (2). Por esta razón, aunque en la mayoría de los Códigos se aprecie la intención del legislador de agrupar en un mismo Capítulo las exigencias legales que debe reunir el fallo para que sea perfecto, los resultados no han sido hasta ahora satisfactorios; lo usual es que la materia se encuentre dispersa y repartida de una manera totalmente arbitraria.

En el caso específico de la LEC, se puede observar que el Título VIII, anteriormente aludido, apenas si hace referencia a algunos requisitos de forma, cuyo incumplimiento si acaso da lugar a la simple irregularidad de la sentencia, sancionable con medidas disciplinarias (3). Las exigencias fundamentales, como son la aptitud legal del órgano que la profiere, la necesidad de

- 
- (2) Refiere Carnelutti (Teoría General, pág. 298) que - "la formación de las leyes y de los Códigos se ha realizado en este aspecto de modo casi completamente empírico, poco más o menos como se construían los edificios en otros tiempos, más a fuerza de práctica que por virtud de una ciencia constructiva."
- (3) Constituye una excepción en este sentido el artículo 359, con que comienza el Título VIII, que hace referencia al requisito de congruencia, de inquestionable importancia para la sentencia, que sí puede dar lugar a su ineficacia total. Corroborar este aserto el hecho de que la falta de congruencia en la sentencia está consagrado como una de las causas de casación "por infracción de Ley o de doctrina legal" (ord. 2ª del artículo 1692).

que la prestación que impone sea posible, lícita, determinable y no contradictoria, etc., hay que deducirlas de otras normas, especialmente de los artículos 1692 y 1693 que enumeran las causales que autorizan el recurso de casación ya sea en el fondo o en la forma (4).

b'') En segundo lugar, hay que tener en cuenta que, a la par de estos vicios que ordinariamente se reducen a la ausencia de un requisito legal, sobre la sentencia actúan de rechazo los defectos no subsanados que afectan a los actos singulares del procedimiento que le antecede y de los cuales ella depende (5). "Puesto que la sentencia es la finalidad y al mismo tiempo el resultado de la sucesión de actividades que forman el proceso, nos explica el mismo Calamandrei (6), es lícito pensar que la falta o la irregularidad de estos actos singulares preordenados a un mismo fin, al cual todos con-

---

(4) Para colmo de males, el reparto de las causales que autorizan a cada clase de recurso tampoco se ha hecho con base a un criterio científico. De la Plaza - (Op.cit., pag.812, tomo III) advierte que en el artículo 1692, entre los errores 'in iudicando' se mencionan algunos que técnicamente son 'errores in procedendo' y que por tanto deberían aparecer en el artículo 1693.

(5) Esta circunstancia se da con mayor frecuencia en el sistema de la LEC que no reconoce el principio de independencia de los actos procesales, a la manera del art.159 del Código Italiano o del art.de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(6) "Vicios de la....., pag. 428.

tribuyen, actúe de rechazo sobre la validez del fallo".  
Añade Liebman (7) con justificada razón que particular  
gravedad asume el vicio del acto inicial, constitutivo  
del proceso que -si no mana- comporta la nulidad del pro-  
ceso entero.

o'') Por último, a la postura de Calamandrei (según -  
la cual la determinación del vicio es tan sólo -  
una cuestión de derecho positivo), cabe hacer la misma  
consideración que hicimos al tocar este punto en el capí-  
tulo anterior, esto es, que cualquier ordenamiento posi-  
tivo por muy previsor que sea, nunca lo será tan sufi-  
cientemente como para prever todos los requisitos que -  
debe reunir un acto para que se considere legalmente -  
perfecto; más aún Forsthoff (8) agrega que la actitud -  
de reserva del derecho objetivo es mucho mayor tratándo-  
se de la enumeración de las hipótesis de vicios o defec-  
tos y de sus consecuencias jurídicas. A título de ejem-  
plo, la sentencia que obliga a un individuo a destruir  
una casa sin hacer ruido o a casarse con persona deter-

---

(7) Op.cit., pág. 217.

(8) Este autor agrega que lo probable es que los requisi-  
tos más importantes no hayan sido mencionados en la  
Ley por lo mismo que son obvios y evidentes (Op.cit.  
pág. 307. Debemos agregar que el ejemplo que a con-  
tinuación transcribimos en el texto es tomado tam-  
bién de la obra de este administrativista alemán.

minada debe considerarse, indefectiblemente, como una - sentencia viciada, aunque un determinado ordenamiento - jurídico no contemple de manera expresa esta irregulari- dad. De allí, el carácter relativo que presenta la de- terminación del vicio, referida exclusivamente al dere- cho positivo. Es indudable que estas limitaciones no pueden ser salvadas más que por la labor integradora de los tribunales que en este caso específico debe tener - muy en cuenta la teoría elaborada en torno a la natura- leza de la sentencia. En este punto la doctrina discu- te si se trata fundamentalmente de un acto de intelligen- cia o de voluntad (9).

Si, como pretende Alfredo Rocco (10), el fallo es en esencia "un acto de la inteligencia del juez y, - precisamente, un juicio lógico que reviste la forma de un silogismo", sus vicios más graves han de ser aquellos que hacen nugatoria la operación intelectual que precede a la parte dispositiva, es decir, el dolo, la violencia, el error, etc.; el peor defecto que podría mostrar es- ta clase de actos tendría que ser entonces su falta de

(9) En este aspecto opinoidimos con Andrea Torrente en que la construcción de la doctrina sobre la inexis- tencia o nulidad de sentencia debe partir de la pos- tura que se adopte en cuanto a su naturaleza intrín- seca: del antiguo problema de la prevalencia del - elemento volitivo o el elemento lógico (Ofr. Spanti per un studio sull' inesistenza e sulla nullità de- lla sentenza; Studi in onore di Enrico Redenti...., Milano 1951, pág. 389 y sig., Vol. II).

(10) "La Sentencia Civil" (Trad. de Mariano Ovejero, Méxi-

motivación.

No obstante, hay que reconocer que mayor aceptación ha tenido la tesis de Chiovenda, de acuerdo con la cual la sentencia es, fundamentalmente, un acto de voluntad del Estado. Torrente, que acoge sin reservas esta postura, califica como hipótesis de sentencias in-existentes (absolutamente ineficaces) a aquellas "que no son referidas al Estado" (11) y como supuestos de senten-cias nulas (también absolutamente ineficaces) a aquellas que "estando dotadas de un cariz o de oficialidad -pues-to que derivan de la autoridad del Estado- presentan un contenido inidóneo para alcanzar el fin que la ley seña-la", fin que Calamandrei define como "la producción de certeza sobre la relación controvertida" (12).

Aunque Torrente asegura que con esta concep-ción de la sentencia como acto puramente volitivo con-cuerdan los últimos resultados de la investigación doc-trinal, no es prudente atribuirle a sus palabras un sig-nificado absoluto; por el contrario, no se nos escapa -que ya Calamandrei, en otro de sus ensayos (13) ha ad-

co, pág. 53. y sig.)

- (11) Como supuestos de sentencia inexistente Torrente - (Op.cit., pag. 395-401) menciona: a) la sentencia - pronunciada por quien no tiene la calidad de juez; b) la sentencia emitida por un Colegio compuesto - por un número de votantes inferior al prescrito por la ley; c) la sentencia que no guarda el mínimo de forma prescrita.
- (12) Entre los supuestos de sentencias nulas, enumera: a) la que imponga una prestación físicamente imposi-

vertido que "de cualquier modo que se defina la sentencia y que se resuelva la cuestión relativa a si la misma es un acto de inteligencia o de voluntad, no se podrá nunca negar que en ella se contiene un juicio lógico"; así pues, estimamos mucho más acertada la posición que proclama la existencia de dos ingredientes esenciales en la sentencia: una operación o juicio lógico del Juez o Tribunal y un acto de voluntad del Estado (14).

b) Invalidación de la sentencia sujeta a recurso:

Otro de los puntos que merece una atención especial, repetimos, es el tema de la invalidación de la sentencia impugnada; y ello, porque como en los regímenes procesales opera un sistema de impugnaciones tendente a depurar el resultado del proceso, este hecho determina que todos los medios de subsanación y las vías

---

ble; b) la sentencia cuyo objeto es ilícito; o) la sentencia de contenido indeterminable, incomprensible y contradictorio.

(13) "La génesis lógica de la sentencia civil" (en Estudios sobre el Proceso Civil, pág. 37).

(14) Cfr. Guasp: Op.cit., pág.550. Sin embargo, en punto a la determinación de los vicios que dan lugar a la nulidad de sentencia, a nuestro juicio, revelan mayor trascendencia los que afectan al elemento volitivo; en cambio, los vicios que inciden en la operación lógica apuntan a la rescisión, o cancelación del fallo por razones de justicia.

legales para aducir los vicios del fallo, disminuyan en importancia y de facto queden sometidos a aquel sistema que persigue la justicia de lo resuelto (15); en esto - consiste la "absorción de la invalidación por la impugnación", fenómeno que vale para la nulidad del acto procesal en general pero que, obviamente, adquiere una mayor trascendencia a propósito de la sentencia, sin duda, "el acto de cuya justicia más se necesita".

Lo cierto es que, con relación a la sentencia sujeta a recurso de apelación o de casación el Código italiano de 1941 ha reconocido expresamente que se produce el hecho de la absorción que hemos apuntado. En efecto, su artículo 161 dispone: "la nulidad de las sentencias sujetas a los recursos de apelación o casación tan sólo se puede hacer valer dentro de los límites y según las reglas propias de estos medios de impugnación".

Pese a todo, esta norma constituye una excepción en el ámbito legislativo; los Códigos todavía en vigencia se abstienen de hacer esta declaratoria de modo expreso, lo que no impide que en la realidad se produz-

(15) La perfecta comprensión de este fenómeno de absorción implica que se tiene una noción exacta de la separación conceptual existente entre la impugnación (que tiende a la cancelación, o más exactamente, a la rescisión de un acto por razones de justicia) y la invalidación (que procura la ineficacia del acto imperfectamente realizado, esto es, del acto que en su formación se aparta del modelo legal).



can de una manera más o menos velada las mismas consecuencias de la absorción. Esto acontece y se puede comprobar fácilmente en los hechos siguientes: (16)

a') En casi todos los sistemas procesales, los medios de impugnación o los llamados recursos procesales monopolizan los motivos que puedan dar lugar a la cancelación de la sentencia. Afirma Calamandrei que "cuando una sentencia admite el ejercicio de un medio de gravamen (recurso), cualquier vicio de dicha sentencia, aun diverso de la injusticia, puede ser hecho valer a través del medio de gravamen". Más tarde dirá Guasp (17), refiriéndose al derecho español, que "la injusticia y la nulidad constituyen motivaciones posibles del recurso de apelación".

b') Las vías de ataque que originalmente pudieron ser considerados como verdaderos medios de 'invalidación', al servicio de la nulidad, han perdido su anti-

---

(16) En este aspecto, como se puede observar, nos hemos guiado por los hechos que deducía Calamandrei (Vicios, pag. 449) del Código Italiano de 1865; no obstante, estimamos que en la actualidad procesal prevalece la misma situación con respecto a la mayoría de las legislaciones vigentes, y, especialmente, a la LEC.

(17) Guasp: Derecho Procesal, pag. 1407.

gua fisonomía y hoy se rigen por las mismas reglas que los recursos. Es el caso de la casación (18) que en la actualidad se configura como un verdadero y propio recurso procesal, si bien de carácter extraordinario, puesto que de acuerdo con la doctrina tradicional, tan sólo se autoriza por motivos específicos que constituyen un 'numerus clausus' y apunta, además, a un designio publicista de restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la doctrina. (19)

Teniendo en cuenta estas observaciones, cabría preguntarse si en el derecho positivo español también se produce la llamada "absorción de la invalidación por la impugnación", pese a que la LEC no prescribe una norma semejante al artículo 161 del nuevo Cód-

---

(18) No es intención nuestra terciar en la polémica secular que aun subsiste en la doctrina en torno a la naturaleza jurídica de este recurso; nos limitamos, exclusivamente, a poner de relieve un hecho advertido por el más conspicuo defensor de este instituto. En efecto, advierte Calamandrei (Vicios pag. 454) que "si la casación podía configurarse originalmente como un verdadero y propio medio de invalidación, poco a poco se ha ido alejando de su fisonomía originaria y se ha ido aproximando cada vez más a la naturaleza de los medios de gravámenes".

(19) Cfr. De la Plaza: Op.cit., pag. 627. Este mismo autor es el más notable seguidor en España de la tesis de Calamandrei; véase si no su obra "La Casación Civil". Contra la postura clásica de Calamandrei, se han levantado recientemente las críticas de Guasp: Derecho Procesal, pag. 1486 y sig. Fairén Guillén se hace eco de este debate en su ensayo "Sobre la recepción en España del recurso de casa-

go italiano. A este propósito, hay que distinguir:

a') Si la sentencia es susceptible del recurso de casa  
ción: En este caso no cabe la menor duda de que -  
los vicios de nulidad que incidan en esta clase de fa-  
llos, tan sólo se pueden hacer valer dentro de los lími-  
tes y conforme a las reglas propias de este medio de im-  
pugnación, de conformidad con los artículos 1692 y 1693  
de la LEC.

b') Si es una sentencia de primera instancia no firme,  
el proceso de absorción se ve entorpecido por la -  
subsistencia de ciertos medios de ataque de índole híbri-  
da y de naturaleza jurídica no del todo definida, que -  
pretenden pasar como auténticos medios de invalidación.  
Nos referimos concretamente al recurso de nulidad y al  
incidente de nulidad de actuaciones.

Por lo que hace al primero, la doctrina moder-  
na le niega el carácter de recurso de independiente y a  
lo sumo le considera como una variante positiva de la -  
apelación (siempre que esté referido al superior jerár-  
quico, naturalmente) (20). De la manera que fuere, su

---

ción francés" (Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1957)

(20) Cfr. Guasp, Derecho Procesal, pág. 1407.

radio de acción dentro del derecho español es sumamente limitado, puesto que sólo se admite "contra el auto que declare ser el juicio que corresponde el de menor cuantía", y, en todo caso, tiene que ser interpuesto conjuntamente con el recurso de apelación, conforme a lo dispuesto en el artículo 495 de la LEC (21).

Mayor importancia tiene el "incidente de nulidad de actuación", cuya naturaleza no aparece claramente definida en la ley ni en la jurisprudencia (22), no obstante lo cual se le considera como el medio ordinario para obtener la declaración de nulidad de los actos procesales en el ámbito del derecho español. Pero, además, Morón (23) ha querido que se reconozca en el referido incidente la vía idónea para hacer valer los vicios de nulidad que afectan a la sentencia susceptible de ser impugnada mediante el recurso de apelación. Añade

---

(21) El otro supuesto de nulidad que contempla la LEC - en el artículo 321 carece de importancia práctica, ya que ha sido derogado por la Ley de arbitraje de 22 de Diciembre de 1953 (Cfr. Manuel Morón: Op.Cit. pág. 156).

(22) Véanse nuestros comentarios a la LEC en el Capítulo II. Basta agregar por ahora que según afirma - Prieto Castro (Manual, pág. 274) "la declaración de los actos por defecto de forma se puede obtener mediante el remedio establecido en el número 1, del artículo 345, que la práctica ha construido como - "Recurso".

(23) Op.Cit., pág. 162.

este autor, que el incidente debe interponerse en la - propia instancia en que se produjo el vicio y que su "interposición suspende el término que el ordenamiento asigna para el planteamiento de los recursos".

Evidentemente, en la tesis de Morón hay que - considerar dos aspectos que no es prudente confundir: el relativo a su fundamento en el derecho vigente y el de su conveniencia o inconveniencia. Desde un punto de - vista estrictamente legal, le asisten sobradas razones a Morón para mantener la viabilidad de su tesis, al tenor de lo dispuesto en la LEC (24); sin embargo, a nuestro parecer la solución que él recomienda es a todas luces inconveniente, no sólo para el proceso español sino para cualquier otro (25).

---

(24) En primer lugar, porque la LEC no prescribe de manera expresa la absorción de la invalidación por la impugnación en la forma en que lo hace el artículo 161 del Código Italiano y, en segundo lugar, porque, artículos como el 859 de la LEC permiten suponer que, en efecto, "los vicios de nulidad de la sentencia sujeta a recurso se deben aducir por la vía incidental". En efecto, el art. 859 dispone: "Cuando en la primera instancia se hubiere quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio... y reclamada en ella no hubiere sido estimada, la parte a quien interese podrá reproducir su pretensión por medio de otro sí en el escrito a que se refiere el artículo 857,..... (referente a la apelación). Esta reclamación se substanciará y decidirá previamente por los trámites establecidos para los incidentes".

(25) Es evidente que la admisión de un proceso incidental para hacer valer los vicios de nulidad de sen-

En general, la doctrina moderna tiende a desembarazar al proceso ordinario de las desviaciones injustificadas - que comportan en la mayoría de los casos los llamados - "incidentes"; en una conocida monografía Guasp (26) recomienda que "en vez de regular un proceso incidental - con tramitación separada del proceso principal, conven- drá establecer la posibilidad en este de resolver cues- tiones incidentales sin desdoblar el procedimiento". Na- da obsta, pues, a que la apelación funcione en ciertos casos como una verdadera "querela nullitatis", esto es, como un medio para invalidar la sentencia afectada de - un vicio de nulidad (27).

---

tencia, lo cual implica la paralización del proceso principal, contribuiría enormemente a dilatar el - desarrollo del proceso, con gran perjuicio para la economía procesal.

- (26) Agrega este autor que "si no cabe sostener la ex- tirpación en bloque de los 'procesos especiales por razones jurídico-procesales', si puede tenderse a su simplificación mediante la transformación de los mismos en medidas de carácter mas sencillo que vayan incorporándose, eventualmente o no, a la forma pro- cesal común. Es decir, deberán ser desmontados en- tos procesos civiles especiales de su autónoma cate- goría actual para fundirlos como piezas instrumenta- les en la regulación genérica del proceso ordinario" (Cfr. Jaime Guasp: "Reducción y simplificación de - los procesos civiles especiales", Anuario de Dere- cho Civil, Tomo IV, Fascículo II, págs. 411-420).

- (27) Cfr. Calamandrei, "Vicios de la ..... págs. 451.

Por otra parte, el procedimiento a que en la práctica se cimen los tribunales españoles autoriza a pensar que también aquí se da esa conjunción de los vicios de nulidad y los de injusticia del fallo en los motivos que autorizan el recurso de apelación; efectivamente, el mismo Guasp (28) nos explica que, "en todo caso, el tribunal de la alzada elimina la resolución del inferior si estima el recurso, y la sustituye por otra, y si la anula, por ser el fundamento del recurso estimado un vicio de nulidad, la elimina y la sustituye también por otra, aunque esto pueda suponer el que la Sala conozca, por primera vez, el fondo del litigio".

En resumen, la regla general en materia de nulidades procesales es que los vicios de la sentencia impugnables, cualquiera que sea su naturaleza, tan sólo se pueden hacer valer dentro de las limitaciones y términos que rigen para los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios. Pero, la consecuencia más extraordinaria que se deduce del fenómeno de la absorción estriba en que él implica, además, uno de los medios de subsanación de los vicios de la sentencia más efectivos, puesto que, también por regla general, se consideran sa

---

(28) Cfr. Derecho Procesal, pág. 1449.

nados los defectos que no se hayan aducido por la vía - de los recursos, salvo los casos realmente excepcionales de vicios insanables.

c) Admite la doctrina la existencia de vicios insubsanables del fallo?

La imposibilidad, en principio aceptada, de - invalidar la sentencia una vez agotados los medios ordinarios y extraordinarios de impugnación, plantea un conflicto al que la doctrina procesal ha dedicado una especial atención, pese a lo cual no parece haberse llegado a un pleno acuerdo. En más de una ocasión hemos visto formulada la pregunta de si existen en el ámbito de la disciplina del proceso verdaderas nulidades absolutas, en el sentido de que no puedan ser objeto de subsanación posterior. No obstante, hay algo que nos obliga a traducir este interrogante a términos más exactos; en - tal virtud, podríamos preguntarnos si todos los vicios de la sentencia deben entenderse sanados o convalidados una vez que han precluido las impugnaciones (29).

---

(29) De esta manera se sitúa el problema dentro de sus confines precisos, en vista de que hemos convenido en que todas las nulidades, una vez declaradas judicialmente, son absolutas e insubsanables. A la - opinión de Satta a este respecto (cit. Cap. anterior) se puede agregar la de Von Tuhr (Op.cit., pág. 322) para quien la nulidad del negocio jurídico es siempre definitiva e incurable. Por lo demás, también hemos convenido en que la insanabilidad del vicio



Un gran sector de la doctrina (30) y de la jurisprudencia estima que agotadas las impugnaciones todos los vicios del fallo, sin excepción alguna, deben considerarse sanados y por los mismo, debe prohibirse toda reclamación posterior contra ellos. Los argumentos que respaldan este aserto son bien conocidos y los resume Calamandrei (31), en los términos siguientes: "como el ordenamiento positivo garantiza a los litigantes más de una instancia, y admite, de otra parte, en cuanto a los vicios más graves, remedios especiales, estos autores opinan que, una vez agotadas las instancias a través de las cuales la controversia puede ser repetidamente examinada, una vez transcurridos los términos para utilizar los remedios ordinarios y extraordinarios debe prohibirse irremisiblemente toda reclamación contra los vicios de la sentencia y los defectos del fallo deben estimarse subsanados".

No obstante, entre los procesalistas modernos

---

tan sólo se puede predicar de la sentencia, puesto que los vicios que afectan a los actos intermedios o actúan de rechazo contra la sentencia, con lo cual se convierten en vicios de ésta, o devienen irrelevantes para el ordenamiento jurídico.

(30) Calamandrei (Vicios..., pág. 422 y 423) menciona a Bulow, Calda, Lessona, etc.

(31) Op. Cit., pág. 422.

se aprecia una clara tendencia a reconocer la existencia de ciertos vicios tan extremadamente graves que no pueden ser objeto de sanación posterior alguna. El Código Italiano de 1941, paradigma de los sistemas procesales de nuestro tiempo, tampoco ha sido refractario a esta corriente y ha consagrado en su artículo 158 un supuesto de "mullitá insanabile" (32).

En lo que no parece haber pleno acuerdo es en el tipo o categoría conceptual que asume el acto de esta manera viciado. Para la escuela de Chiovenda, que - en este aspecto se ha enriquecido con las aportaciones de Calamandrei y Carnelutti, es indispensable dar cabida en nuestra disciplina al supuesto de acto inexistente y particularmente de sentencia inexistente (*judgement inexistant*, al decir de Rosenberg), concepto contradictorio en si mismo y poco satisfactorio por la imposibilidad de precisarlo en sus nítidos contornos (33). De otro lado, una fuerte corriente de opinión se opone a la admisión de la inexistencia como concepto autónomo - que autorice un tratamiento especial y distinto de la -

---

(32) El artículo 158 del Código Italiano prescribe: "La nulidad derivada de vicios relativos a la constitución del juez o a la intervención del ministerio público es insanable"...

(33) Cfr. Liebman: Op.cit., pág. 223.

mulidad absoluta (34). Lo cierto es que el propio Carnelutti (35) el más autorizado defensor de aquel supuesto, ha convenido en que la inexistencia "es un tipo de nulidad absoluta e insanable que no se prevé en la ley".

Pues bien, esta conclusión, salvadas las inexactitudes de la terminología, no difiere en lo más mínimo del supuesto de "ineficacia radical e instantánea" que adoptamos anteriormente. De allí que, en nuestra opinión, los resultados a que ha conducido esta corriente se pueden concretar en los puntos siguientes:

a') Entre los vicios de la sentencia es necesario discriminar los que atañen a su injusticia (que en rigor de verdad son los que autorizan el sistema de impugnaciones) de los que dan lugar al fenómeno de la nulidad, que sólo por razones de oportunidad se hacen valer por el mismo sistema de recursos.

b') Los primeros, (que Calamandrei denomina 'errores

---

(34) El concepto ha sido uno de los más discutidos en todas las ramas del Derecho; a título de información véanse en el campo civil los comentarios en contra de Luzzesco (Op.cit., pág. 230) y en el D. Administrativo los de Garrido Falla.

(Tratado, pág. 421, Tomo I).

(35) Instituciones, pág. 310.

in iudicando') se entienden subsanados al agotarse las impugnaciones. Admitir que se pueda alegar indefinidamente en torno a la justicia de las decisiones judiciales sería tanto como renunciar a la satisfacción de un interés colectivo de certeza; de ello se infiere la necesidad de limitar en lo posible las impugnaciones (36).

c') Con relación a los vicios de nulidad ('errores in procedendo' en el léxico de Calamandrei), se precisa de una nueva distinción:

a'') En un primer grupo caben los más frecuentes: los que dan lugar a la anulabilidad, o sea, a ese estado de pendencia o condicionalidad de la sentencia violada pero no ineficaz y, además, los que originan la simple irregularidad del fallo. Frente a éstos la doctrina admite unánimemente su convalidación al decaer el término o al agotarse los medios de impugnación.

b'') En grupo aparte se deben incluir los que ocasionan una ineficacia originaria y radical de la senten-

---

(36) Advierte Carnelutti (Teoría General, pág. 442) que si bien "la sentencia es el acto de cuya justicia más se necesita, también es el acto de cuya estabilidad más se precisa.

cía, frente a los cuales el decaimiento del término de impugnación es un hecho inepto para devolverles su eficacia.

Los argumentos que se han esgrimido para acreditar la existencia de tales vicios insubsanables varían de uno a otro autor. En la obra de Chiovenda (37) se observa la intención de respaldar este aserto con razones de orden histórico: "ya en el Derecho Común, se discriminaba entre 'nullitatis sanabilis', subsanables por el simple transcurso del término y 'nullitatis insanabilis', que podían hacerse valer incluso después del término de impugnación.

Mucho más convenientes son los argumentos expuestos por Calamandrei en el ensayo que ya hemos comentado (38). En él, ante todo, resalta la idea de que no es posible atribuir a la preclusión de los medios de impugnación efectos más amplios de los que la naturaleza de esta preclusión y de estos medios lleva consigo. Profundizando en esta idea no es difícil deducir que, tanto en el caso de la sentencia injusta cuanto en el de la sentencia anulable (y con mayor razón de la simplemente

---

(37) Instituciones, pág. 328. (Tomo III).

(38) Vicios de la Sentencia....., pág. 424 y sig.

te irregular) la preclusión del término de impugnación no atribuye, en ningún momento, validez al fallo en vista de que ellas, aunque viciadas, son originalmente válidas, es decir, idóneas para producir efectos jurídicos normales. El decaimiento del término lo único que hace es destruir el estado de pendencia, de condicionalidad que recaía sobre ellas. Pero, si la sentencia en lugar de injusta o anulable, es radical u originariamente ineficaz, el resultado obvio de la preclusión de la impugnación es en este caso la perpetuación de ese estado de invalidez o inidoneidad para producir efectos jurídicos (39).

Vistas las cosas desde esta perspectiva puramente teórica en que nos hemos situado, la existencia - de una categoría excepcional de vicios insubsanables de la sentencia, se nos revela como algo absolutamente lógico y racional y no alcanzamos a comprender por qué el legislador y la jurisprudencia se mantienen reuentes a su admisión. Tal vez, en el fondo lo que subsiste es -

---

(39) "Someter la acción negativa de certeza, ejercitable contra la sentencia inexistente y la sentencia nula, a un término perentorio implicaría, según dice Calamandrei (Vicios, pág. 459) "la prohibición inútil de establecer la certeza sobre la inexistencia del fallo, seguida de la prolongación en el mundo jurídico de ese estado de inexistencia, perpetuamente invariable."

el temor, a todas luces infundado, de que con ello se -  
vayan a desvirtuar los fines prácticos y la santidad de  
la cosa juzgada y se entronice la incertidumbre en el -  
proceso. (40) La inconsistencia de este argumento se -  
deduce de la misma naturaleza de estos vicios que, pre-  
cisamente, se caracterizan por convertir al acto sobre  
el cual recaen en una realidad de hecho, incapaz 'per se'  
de producir efectos jurídicos e inidónea por tanto para  
producir la cosa juzgada material. Por eso, contra los  
argumentos que acreditan la existencia de vicios insub-  
sanables del fallo si acaso se oponen actualmente razo-  
nes de tipo práctico, mas que de fondo; una de ellas es  
la imposibilidad de adoptar un medio adecuado para ha-  
cer valer tales vicios.

Desde hace mucho tiempo se afanan los autores  
que admiten el supuesto de inexistencia jurídica por en-  
contrar un medio idóneo para hacer valer esta hipótesis  
de extrema imperfección. Hay que advertir, no obstante,  
que no todos los partidarios de la inexistencia partici-

---

(40) En términos generales, el Tribunal Supremo ha man-  
tenido una tesis negativa "por considerar que la -  
santidad de la cosa juzgada únicamente puede ser -  
atacada por el recurso extraordinario de revisión"  
(Cfr. Morón: Op. cit., pág. 166; también De la -  
Plaza (Op. cit., pág. 438, Vol. I).

pan de esta idea; el punto ha sido muy debatido en todas las ramas del derecho; en el campo del derecho civil, algunos autores (41) predicán que la "inexistencia opera de pleno derecho, sin intervención judicial" (no hace falta ni es posible extinguir los efectos del negocio inexistente ya que ellos no han podido producirse); otros opinan que tales actos exigen una acción de nulidad imprescriptible para destruir los efectos que, de hecho, producen (42). La realidad nos dice, arguye Borrell y Soler (43) con mucha sensatez, que los actos absolutamente nulos podrán ser inexistentes desde el punto de vista legal, pero que no son inefectivos, porque producen efectos secundarios que pueden perjudicar, lo cual justifica la admisión de una excepción y una acción para impugnar dichos actos y que la segunda prescriba dentro de cierto plazo para que no permanezca la incertidumbre de los derechos.

Paralelamente, en el Derecho Procesal algunos

---

(41) Cfr. Lutzewski: Op.cit., pág. 230. Según este autor, los mismos sostenedores de esta teoría aceptan la intervención del juez en caso de controversia; sin embargo, se agrega que en todo caso el Juez se limitará a "declarar o constatar la inexistencia".

(42) Borrell y Soler (Op.cit., pág. 336, Tomo I).

(43) Op. cit., pág. 336.



autores adoptan la postura de Ugo Rocco (44) quien hace patente que la sentencia inexistente es un 'quid' sin existencia material, un 'no ser' contra el cual no es necesario desarrollar ninguna acción para eliminarlo, ni ningún medio de impugnación, siendo suficiente, para todo efecto declarar que el acto no existe.

Se opone así a la teoría de Calamandrei, aceptada por Zanzucchi, Redenti y otros, quienes mantienen el criterio de que contra la sentencia inexistente es posible gestionar una acción especial de mera corteza negativa, cuya naturaleza es puramente declarativa y no está sujeta a un término perentorio.

Lo cierto es que, partiendo de una lógica rigurosa habría que convenir que en su contra no es dable interponer ninguna clase de impugnación o recurso; sin embargo, tal como reconoce Torrente (45) los legisladores, por razones de conveniencia, han dispuesto que si la sentencia es recurrible, los medios de impugnación también pueden servir y de hecho sirven para hacer va-

---

(44) Trattato....., pág. 270.

(45) Para comprobar este aserto no hay más que observar las causales que autorizan los recursos de casación y revisión; en el primero, especialmente, los numerales 4º y 6º del artículo 1692 y 6º y 8º del 1693 de la LEC.

ler los motivos más graves de inexistencia o nulidad absoluta.

Ahora bien, si tales medios de impugnación no fueron propuestos en término, cuál es la solución que recomienda la doctrina?

Los procesalistas italianos, en su gran mayoría, admiten que el actor puede repetir la demanda sin temer a la excepción de cosa juzgada y si es demandado puede excepcionar en caso de que se pretenda ejecutar la sentencia aparente (46).

La posición de los procesalistas españoles frente a este asunto no es del todo clara: aunque ordinariamente admiten expresa o implícitamente la existencia de vicios insubsanables (47), no aciertan, en cambio, a señalar qué medios de ataque es factible esgrimir contra ellos una vez que hayan precluido los medios de impugnación ordinarios o extraordinarios; contrariando el sentir de la jurisprudencia algunos admiten la posibilidad de que se haga por virtud de un juicio ordinario declarativo distinto (48); a su vez, Morón pretende

---

(46) Torrente, Zanzucchi, Redenti.

(47) Cfr. Prieto Castro: Manual, pág. 272; De la Plaza: Op.cit., pág. 431; Guasp: nota 218 en la obra de Carnelutti: Instituciones, pág. 310.

(48) Morón (Op.cit., pág. 170) sostiene que esta es la idea que se desprende de las obras de Miguel y Romero y Prieto Castro.

demostrar que la vía legal es la del "incidente de nulidad de actuaciones.

Ante una situación muy semejante advertía Guasp (49) que no es atinado deducir arbitrariamente acciones de otros preceptos del derecho positivo para aplicarla a una hipótesis distinta. Por esta razón estimamos más acorde con la realidad procesal la solución que recomienda la doctrina italiana, la misma que sigue aquél autor para resolver el problema de la "situación temporal de la sentencia a instancia de parte interesada".

En todo caso, no hay que perder de vista que nuestro dilema se reduce a determinar si, teóricamente, cabe la admisión de vicios insubsanables de la sentencia y que su solución, tal como advierte el maestro Chiovenda, "se debe deducir de la naturaleza del vicio y no de la falta de impugnación" (50).

---

(49) Cfr. Guasp: "Los límites temporales de la cosa juzgada", Anuario de Derecho Civil, Tomo I, Fascículo II, pág. 435-472.

(50) Cit. por Calamandrei: Vicios..., pág. 425.

## CAPITULO V

### LA NULIDAD PROCESAL EN EL DERECHO POSITIVO PANAMEÑO.

#### A) INTRODUCCION.

A propósito de la nulidad procesal coexisten en el derecho panameño dos sistemas legislativos diversos: el Código Judicial que rige con algunas reformas - sustanciales desde el 1º de Julio de 1917 y la Ley 86 - de 1941 que regula los Recursos de Casación y Revisión.

(1)

Como es de suponer estos ordenamientos responden a una mentalidad y a unas fuentes completamente diferentes, lo que ha dado lugar a situaciones que, a la luz de la doctrina moderna, parecen de todo punto incomprensibles. De allí, pues, la necesidad de analizar - por separado sus rasgos relevantes.

a') El Código Judicial de 1917:

---

(1) Esta Ley derogó virtualmente a la 24 de 1937, por medio de la cual se introdujo en nuestro país el recurso de casación que no estaba contemplado en el Código de 1917.

a'') Fuentes:

No es tarea fácil precisar las fuentes remotas del derecho procesal hispanoamericano. Frente al criterio, muy difundido entre los autores europeos, de que la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 es el antecedente inmediato de los Códigos de la América Hispánica, surge el hecho ineluctable de que, ya en el año de 1833 regía en Bolivia el llamado "Código de Proceder de Santa Cruz", que revela una clara influencia napoleónica (2). No obstante, apreciado en su conjunto, lo que sí parece cierto, según afirma Couture (3), es que "nuestro derecho procesal civil actual, americano, hispano y romano es el mismo derecho que existió en el siglo XIII, es decir, en el siglo en que se forma el español".

Por lo que atañe, estrictamente, al Código Judicial de la República de Panamá, qué duda cabe que tiene su fuente directa en el Código Judicial de la Repúbl

---

(2) Es ésta una de las tantas manifestaciones del influjo ejercido por el derecho francés en América. Como dato curioso, solía recordar el Doctor Couture que mientras el Code de Procedure Civile dictado por Napoleón data de 1806, el "Codigue of Practice" del Estado de Louisiana, en los Estados Unidos de América, rige desde el año de 1807 (Cfr. Eduardo J. Couture: "Las actuales tendencias del Derecho Procesal Civil"; Tres conferencias del Dr. Couture, editadas por la Universidad de Panamá, 1956).

(3) Couture: "Las actuales tendencias.... pág. 42).

ca de Colombia del año 1888 (4), que continuó rigiendo en nuestro país hasta unos años después de consolidada la secesión. Posteriormente, las leyes que lo han reformado, al igual que la jurisprudencia que en torno suyo ha elaborado la Corte Suprema de Justicia, han mostrado una fidelidad invariable al derecho colombiano.

b'') Caracteres generales:

No es una afirmación insólita la de que la labor codificadora en nuestros países se reduce a un mero trasiego de instituciones jurídicas exóticas; de seguro que a esta circunstancia se debe que resulte en extremo difícil precisar sus rasgos esenciales; el profesor Couture (5), conocedor profundo de nuestros pecados legislativos, advierte sin embargo, "que el derecho de todos

---

(4) Con respecto a las fuentes del Código Colombiano de 1888, recogemos la noticia que nos proporciona uno de sus más reconocidos comentaristas: "en el año de 1872 apareció el Código Judicial de la Nación, afirma Hernando Devís Echandía, tomado del Código del Estado Soberano de Cundinamarca, que a su vez lo había sido del de Chile y éste, a su turno, de la Ley española de 1855. Más tarde, bajo el régimen centralista se promulgó la Ley 57 de 1887, por la cual se adoptó el Código de 1872, que fue reemplazado luego por la Ley 147 de 1888, que hoy rige con algunas reformas sustanciales introducidas por la Ley 105 de 1931 (Cfr. Derecho Procesal Civil General, - Bogotá, 1947, pág. 34.

(5) "Las actuales tendencias..... pág. 43.

los países de América Latina tiene un común denominador y es el derecho conservador, tradicional, que mira hacia el pasado y no hacia el futuro, utiliza formas de justicia acuñada durante los siglos anteriores y no prepara una nueva forma de justicia para el porvenir".

En lo atinente a la nulidad procesal, la fisonomía de nuestro Código es un tanto parecida a la que muestra la Ley de Enjuiciamiento Civil y, hasta podemos afirmar, empleando las expresiones de De la Plaza (6) que "falta en el Código Judicial una ordenación orgánica de los actos procesales, y, por tanto, de su estructura y de los vicios que puedan afectarles, y no es tampoco demasiado fácil construirla aprovechando para ello los pocos elementos de que, para estos fines, disponemos". Pero también, debemos reconocer que el léxico y la técnica empleada por el codificador panameño es mucho más rudimentaria y empírica. (7).

o'') Ubicación de la materia: A diferencia del legislador español, en el panameño se observa una cla-

---

(6) Op. cit., pág. 431, Vol. I.

(7) A primera vista se comprueba esta afirmación con sólo ver el contenido Título I, Libro II, cuyo epígrafe reza: "Disposiciones procedimentales de aplicación general".

ra tendencia a agrupar en un sólo Capítulo las disposiciones concernientes a la nulidad procesal. En efecto, esta idea responde el Capítulo XV del Título I que, por cierto, está mejor ubicado que en el Código Colombiano (8). Por lo demás, si acaso hay dos o tres artículos de importancia que han quedado por fuera, los cuales se refieren especialmente a la nulidad de sentencias (artículos 564, 565 y 566). Esta aparente unidad legislativa ha sido rota por leyes posteriores, entre las cuales cabe mencionar, además de la Ley 86 de 1941, la 61 de 1946 y 47 de 1956 que pretenden solucionar el problema de la competencia en los juicios de nulidad.

b') La Ley 86 de 1941 sobre recursos de casación y revisión.

Un examen comparativo de la manera como está regulado el recurso de casación en la Ley 86 revela, a primera vista, que sigue más de cerca a la Ley de Enjuiciamiento Civil que al mismo Código Judicial Colombiano—

---

(8) En el Código Panameño el Capítulo XV forma parte del Título I, relativos a las actuaciones en general; - en el Código Colombiano la materia está regulada en el Capítulo VII que forma parte del Título XII relativo a los "Incidentes".



no (9). En efecto, siguiendo el ejemplo del legislador español, la Ley panameña enumera por separado las causales que autorizan la casación en el fondo y en la forma. A este respecto, el legislador panameño ha logrado discernir con mayor exactitud las causales, por lo que no podemos imputar al artículo 13 de la Ley 86 la falta de criterio científico para discriminar los motivos de forma y de fondo, falta que De la Plaza y la mayoría de los comentaristas hispanos advierten en los artículos 1692 y 1693 de la LEC. (10).

Que la Ley de casación adopta una postura enteramente distinta que la del CJ frente al problema de la nulidad procesal, es algo que se observa de inmediato si se tienen en cuenta los siguientes hechos: en primer lugar, la dispersión que observa el CJP en su intento de precisar los vicios de nulidad de la sentencia(11)

---

(9) El código colombiano enumera las causales de fondo y de forma en un sólo artículo, el 520, siguiendo tal vez el ejemplo del artículo 517 del Código de Procedimiento Italiano de 1865.

(10) En la gita N°. 4 del Capítulo IV se pueden observar las críticas que formula De la Plaza a la LEC por la manera como están repartidas las causales en los artículos 1692 y 1693.

(11) Véase el punto relativo a los vicios de la sentencia, en el que hacemos un examen comparativo entre el artículo 564 del CJ y el 13 de la Ley 86 de 1941.

contrasta con la relativa precisión con que enumera tales vicios el artículo 13 de la Ley 86 de 1941; en segundo lugar, frente a la política a todas luces contraria a la economía procesal que mantiene el CJP en lo relativo a la nulidad procesal, la ley de casación, fiel a la tendencia modernista, procura limitar su extensión, estableciendo en el artículo 34 un eficaz principio de convalidación (12).

Hecha esta primera observación, veamos cuáles son las características que ofrece la nulidad procesal en el derecho panameño, analizada al trasluz de los principios que rigen en la doctrina actual:

b) Determinación del concepto de nulidad:

Como es de suponer, nuestra legislación no difiere en este aspecto de la mayoría de los sistemas legislativos que hemos examinado con anterioridad. No contiene, pues, una definición legal de nulidad, ni es fácil deducir la concepción que de ella tenía el legisla-

---

(12) El artículo 34 de la Ley 86 es casi idéntico al 1696 de la LEC y prescribe "la inadmisión del recurso de casación en la forma cuando no se hubiere reclamado la falta en la instancia en que se cometió y también en la siguiente". Tal como apuntábamos anteriormente, hay que entender que este artículo implica un eficaz principio de convalidación de los vicios que afectan a los actos procesales.

dor panameño; más aún, la idea que pudo tener de ella no debió ser muy precisa, ya que, al tenor de las disposiciones que regulan esta materia, la nulidad se muestra como una entidad dotada del don de la ubicuidad: está - en todas partes, menos donde debiera estar; unas veces aparece bajo la fórmula de nulidad de sentencia (artículo 564), otras veces como "nulidad de lo actuado" (artículo 622) o, simplemente como juicio ordinario de nulidad (artículo 624).

Aparte de estas expresiones un tanto rudimentarias, nuestro código guarda silencio en lo relativo a los supuestos que ordinariamente maneja la doctrina moderna en este campo; no reconoce nuestro derecho objetivo ni la nulidad absoluta, ni la relativa, etcétera; si acaso nuestros tribunales hacen uso de estos términos es porque tienen en mente la idea de la nulidad absoluta y relativa de los contratos que prevén los artículos 1141 y 1142 del Código Civil.

c) Determinación de los vicios que originan la nulidad.

a') Vicios que afectan a los actos en general: Con relación a la determinación de los vicios de nulidad que

afectan a los actos generales del proceso, existe una - extraordinaria similitud entre la ley panameña y la española. En efecto, tanto el CJP como la LEC carecen de una norma de carácter general que prevea las consecuencias jurídicas de la inobservancia de las disposiciones legales; segundo, también en nuestro derecho es discutible si cabe aplicar en el seno de la disciplina del proceso la norma contenida en el artículo 5º del Título Preliminar del Código Civil, que reproduce textualmente lo dispuesto en el artículo 4º del Código Civil Español (13); y, tercero, que también nuestro Código Judicial - se limita a prescribir la nulidad de ciertos actos singulares del proceso, v.gr. el artículo 481 declara la nulidad del acto de notificación que no se ha realizado legalmente y lo hace, casi en los mismos términos del artículo 279 de la LEC. (14).

Frete a esta situación hay que presumir, siguiendo el ejemplo de los comentaristas españoles, que

---

(13) Por consiguiente, valen para este caso los comentarios que antes formulamos a la LEC en los dos primeros capítulos de este trabajo.

(14) Evidentemente, la LEC no tiene un capítulo dedicado a las nulidades, a la manera del CJP, pero ya veremos ulteriormente que este es un anacronismo - que subsiste en nuestro derecho por pura inadvertencia de nuestro legislador. Quitando, pues, este capítulo el CJP sigue un sistema muy parecido a la LEC.

tampoco rige en nuestro derecho el criterio de que la nulidad no puede declararse si no existe una norma que la determine claramente: 'pas de nullité sans texte'. Lo cierto es que la doctrina de la Corte Suprema es, a este respecto, realmente contradictoria (15).

b') Vicios que afectan a la Sentencia: En cuanto a la determinación de los vicios que originan la nulidad de la sentencia, existe un evidente antagonismo entre las disposiciones contenidas en el Código Judicial y las de la Ley 86 de 1941 sobre Recursos de Casación y Revisión; este antagonismo se revela en los hechos que siguen:

---

(15) En ciertos fallos la Corte ha aceptado la existencia de nulidades 'implícitas': "La C. estima que aunque no existe ninguna disposición legal que establezca la nulidad de una notificación en día inhábil, a una conclusión equivalente habrá de llegar se como cuestión de lógica procesal, ya que en los días inhábiles los términos se suspenden y mal podría surtir efectos jurídicos una notificación hecha en tales circunstancias (S. 21 de agosto de 1951); pero, en un fallo más reciente parece sostener la tesis contraria: "Las disposiciones del C.J. sobre nulidades son taxativas, dice la Corte, y las otras violaciones al procedimiento no generan la nulidad de la actuación. Deben remediarse mediante los recursos judiciales (R.J. N.º. 1, 1955, pag. 184) Cfr. Jurisprudencia de la Corte Suprema, Jorge Fábrega P., Panamá, 1959).

a'') Pese a la manera imperfecta como está redactado, del artículo 564 del OJP se colige que una sentencia resulta viciada de nulidad: primero, cuando incida en una de las faltas que se enumeran en el Capítulo XV sobre nulidades, y, segundo, cuando no exprese con suficiente claridad los derechos que concede y las obligaciones que impone a cada una de las partes (16). Y, cabe preguntar, cuáles son las faltas que se enumeran en el Capítulo XV? En atención a lo que prescribe el artículo 606, el primero de ese capítulo, "las únicas causas de nulidad comunes a todos los juicios son la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería", enumerándose seguidamente otras que afectan a determinadas clases de juicios, especialmente a los ejecutivos. Pero, lo más curioso es que, a continuación de cada una de estas causales nuestro codificador prescribió una serie de limitaciones que prácticamente, enervan e impiden la viabilidad de cada una de ellas (17).

---

(16) El artículo 564 del OJP dispone: "Puede pedirse en juicio ordinario la declaratoria de nulidad de una sentencia ejecutoriada, en los casos siguientes: 1º cuando la sentencia ha sido pronunciada en juicio que se nulo por alguna de las causas expresadas en el Capítulo Nulidades; y 2º cuando la sentencia no exprese con suficiente claridad los derechos que concede y las obligaciones que impone a cada una de las partes."

(17) Véanse las restricciones que enumeran los artículos 607, 608, 610, 613 del OJP.

b') Frente a la extraordinaria imprecisión del Código, el artículo 13 de la Ley 86 de 1941 enumera, con manifiesta superioridad técnica, las causales que autorizan el recurso de casación en la forma que, a la postre, no vienen a resultar otra cosa que vicios procesales que pueden ocasionar la nulidad de la sentencia. Se puede aseverar sin reservas que en este artículo están previstos todos los vicios que pueden incidir sobre el fallo y ello, por la extraordinaria amplitud en que está concebido su ordinal 10 (18).

c') Del proceso entero:

Anteriormente habíamos visto que las legislaciones modernas revelan una marcada tendencia a limitar en todo lo posible la extensión de la nulidad procesal; el ejemplo clásico de esta postura lo vemos en el artículo 159 del Código italiano de 1941 cuyo artículo - 159, en su primer párrafo, prescribe: "la nulidad de un acto no conlleva la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que son independientes del acto nulo".

---

(18) El artículo 13 de la Ley 86 después de enumerar 9 causales, en las que prácticamente están contenidos todos los vicios que pueden afectar sustancialmente una sentencia, termina con el ordinal 10 que es del tenor siguiente: "Por haberse omitido algún trámite o diligencia declarado esencial por la Ley".

Pues bien, la legislación panameña parece empeñada en - mantener el principio contrario, esto es, que la nulidad de un acto, por insignificante que este sea, ocasiona - la nulidad de todo el proceso, o al menos, la nulidad - de todo lo actuado hasta ese momento.

La manera como ha sido redactado el Capítulo XV del CJP nos demuestra sin lugar a dudas que para el legislador panameño la nulidad de los actos singulares y su posible convalidación dentro del mismo proceso que se producen, pierde toda importancia cuando se trata de poner de relieve la "nulidad de todo el juicio" o de "todo lo actuado".

d) Los medios para hacer valer la nulidad procesal:

Dada la fisonomía particular que muestra este derecho, sería impropio tratar de la subsanación de los vicios de nulidad, ya que a lo sumo se encuentran dos o tres disposiciones aisladas, como el artículo 610 (que pretende sentar un principio de convalidación del acto de notificación defectuosamente realizado) y el 34 de - la Ley 86 que ya hemos comentado; mayor interés tiene - el tema de los medios arbitrados por nuestro legislador para hacer valer la nulidad procesal. En este aspecto, es necesario distinguir los medios utilizables dentro - del mismo proceso, de los que se pueden hacer valer des



pués de fenecido el proceso.

a') Medios utilizables dentro del mismo proceso:

a'') En primer lugar hay que mencionar, naturalmente, los medios de impugnación ordinarios, o sea, los llamados "recursos judiciales" que contempla el CJP en el Título IV del Libro Segundo, los cuales se reducen a tres: revocatoria, apelación y recurso de hecho. No hay duda de que también en nuestra legislación se da el fenómeno de la "absorción de la invalidación por la impugnación", a que nos referíamos en el capítulo anterior; en el sistema nuestro se cumple a cabalidad con el hecho observado por Guasp, de que "injusticia y malicia son motivaciones posibles del recurso de apelación"; más todavía, esta circunstancia se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 1065 del CJP que reza: "Siempre que la Corte Suprema u otro Tribunal conozca de algún asunto - por apelación o consulta, y haya de reformar o revocar - una providencia, auto o sentencia del inferior por no estar ajustado a las leyes, ya sea en cuanto al procedimiento, ya en cuanto a la apreciación de las pruebas o a la aplicación del derecho, dictará la resolución superior - de modo que en estos se resuelva el punto y no tenga que

volverlo a decidir el tribunal inferior".

b'') En segundo lugar, las partes cuentan con dos medios especiales: la excepción y el incidente de nulidad de actuaciones. El primero de estos remedios - tan sólo tiene alguna importancia dentro del juicio ejecutivo, ya que nuestro Código no contempla las "excepciones dilatorias" a que alude el artículo 533 de la LEC. Mayor importancia práctica tiene, naturalmente, el "incidente de nulidad", frente al cual valen todas las críticas que en su contra ha formulado la doctrina española. La Corte Suprema se ha limitado a establecer que "tratándose de un juicio completamente terminado, no es posible - que por medio de incidentes, se pueda obtener la declaración de nulidad de la actuación" (19).

c'') Por último, está el recurso extraordinario de casación en la forma que al igual que en la legislación española, está limitado por razón de la cuantía o - Naturaleza del juicio y sólo es viable contra las resoluciones proferidas por los Tribunales de segunda instancia que inciden en alguna de las causales expresamente enu-

---

(19) Auto de 22 de mayo de 1947 (Cfr. Jorge Fábrega: Jurisprudencia de la Corte, pag. 128).

radas por el artículo 13.

b') Medios utilizables después de concluido el proceso:

Es en este punto en donde la legislación panameña revela un cariz verdaderamente excepcional. En efecto, si existe un principio que ha tratado de mantener inalterables las leyes procesales en todas las latitudes es aquel que consagra la "santidad de la cosa juzgada", esto es, la inatacabilidad del resultado conseguido en el proceso; así las cosas, algo ciertamente inusitado es lo que se deduce de algunos artículos del CJP, en los que prevalece la idea de que la declaración de nulidad debe pronunciarse en un proceso distinto de aquél en que se produjo, lo cual implica el desconocimiento absoluto de la firmeza de los fallos (20). Esto es, ni más ni menos, lo que se desprende del texto del artículo 564 que ya hemos comentado, sobre todo si se aprecia conjuntamente con el artículo 615 que es del tenor siguiente: "El no dictarse sentencia en la forma prevenida en la Ley, tampoco induce nulidad que pueda declararse en el juicio; -

---

(20) Evidentemente, el precedente inmediato de esta postura se encuentra en el Código Colombiano de 1888. No obstante, hay que reconocer que las reformas que se le han hecho a este Código, sobre todo en el año 1925, estaban encaminadas a remediar esta situación. De acuerdo con el texto legal vigente, si acaso subsiste excepcionalmente la posibilidad de que "la -

pero si la sentencia no expresa claramente las obligaciones que impone y los derechos que concede a las partes, puede pedirse su anulación en juicio distinto (21).

No es difícil imaginar el resultado práctico de esta política legislativa: el proceso pasameño no sólo debe recorrer el ya largo y tedioso camino que ha sido trazado por el derecho común, con sus dos instancias y los procesos extraordinarios de casación y revisión, sinoque, además, ha de soportar todas las desviaciones que supone el incidente de nulidad (22) y, al final, cuando ya se ha conseguido un resultado definitivo, todavía se admite un juicio ordinario contra la sentencia ejecutoriada.

En la realidad, el recurso de revisión (que -

---

parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, pueda pedir, por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste, o pueda oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia, (Artículo 457 del C. Colombiano).

- (21) Todo el capítulo XV del Título I del CJP apunta a la idea de que las inobservancias procesales pueden solventarse, sin limitaciones, en juicio distinto. Al menos es lo que se desprende de los artículos - 624, 625, 626, aparte de los ya enumerados.
- (22) En la admisión del incidente de nulidad también se observa una política de puertas abiertas; y es que, pese a que en los artículos 965 y 966, párrafo 1º, se establecen ciertos límites a la presentación de incidentes dentro del juicio, el párrafo 2º del artículo 966 excluye al incidente de nulidad de tales limitaciones.

es, en el resto de las legislaciones vigentes el único medio de impugnación que cabe ensayar contra la sentencia ejecutoriada) ha perdido toda utilidad práctica frente al juicio de nulidad (23), con todas las consecuencias nocivas que ello implica, puesto que dicho juicio en más de una ocasión ha servido de pretexto para traer a discusión, por enésima vez, la relación controvertida en el juicio anterior.

La Corte Suprema poco o nada ha hecho para reparar este agravio a la seguridad del proceso; por el contrario, más bien parece haberse dedicado a ratificar la política del Código (24). Para colmo de males, las reformas legislativas posteriores no han conseguido otra cosa que empeorar la situación existente, prescri-

---

(23) Las razones por las que el recurso de revisión ha concluido por convertirse en un organismo totalmente inoperante, se advierten al punto: en primer lugar, se trata de un medio de impugnación autorizado por causas taxativamente enumeradas en la Ley (artículo 55) y, segundo, porque además se exige el depósito previo de 200 Balboas (art. 59); naturalmente, que estas restricciones no afectan al juicio de nulidad.

(24) En los autos de 28 de agosto y 5 de septiembre de 1957 proferidos por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, este organismo establece, de acuerdo con lo que prescribe el CJP, que en el Derecho Panameño tienen cabida no uno sino dos clases de juicios de nulidad: a) el de nulidad de sentencia que autoriza el artículo 564) y b) el de nulidad de juicio contemplado en el Capítulo XV, Título I del mismo Código.

biendo la competencia de los juicios ordinarios de nulidad con una falta absoluta de orden (25).

En resumen, el derecho procesal panameño a propósito de esta materia revela un extraordinario contrasentido: mientras que la Ley de casación restringe la discusión de los vicios de nulidad a aquellos que han sido aducidos en las instancias inferiores del proceso, el Código Judicial abre la posibilidad para que, una vez finalizado el proceso, esos mismos vicios (que no pudieron ser aducidos en casación) u otros diversos, se hagan valer en virtud de un "juicio distinto". Las razones que explican este contrasentido tampoco son difíciles de comprender: como los codificadores de 1917 se negaron a adoptar el recurso de casación, que anteriormente se aplicaba en Panamá de conformidad con el siste

- 
- (25) La Ley 61 de 1946 en su artículo 120, establece: - "Los Tribunales Superiores conocerán en primera instancia.... 5º De los juicios de nulidad de las sentencias dictadas en primera instancia por los mismos Tribunales"; y en el artículo 164 prescribe: "Es competencia de los jueces de Circuito en primera instancia..... b) Nulidad de sentencias en negocios judiciales, cuando el conocimiento de ellos no esté especialmente atribuido a la Corte Suprema o a los Tribunales Superiores. A su vez, la Ley 47 de 1956 dispone en su artículo 18: "Al Pleno de la Corte le están privativamente atribuidas las siguientes funciones: .....3, b) De los juicios de nulidad de sentencias dictadas por la Corte Suprema, por alguna de sus Salas o por el extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La misma Ley en su artículo 22 prescribe: "La primera Sala conocerá en una sola instancia: 1,- de los juicios de nulidad

na colombiano (26), procuraron llenar el vacío que la falta de este instituto producía en el Código regulando una especie de juicio de nulidad cuyos contornos no son del todo claros, tal como se observa de la misma al comparar el artículo 564 con el capítulo XV del Título II (27), al promulgarse en 1937 (y posteriormente en 1941) la ley que introdujo el recurso de casación, por una lamentable inadvertencia de nuestro legislador continuaron rigiendo en nuestro país las mismas disposiciones que otrora tuvieron como finalidad suplantarse a la casación en la forma.

Es evidente, pues, que el problema de la nulidad procesal en el derecho panameño no requiere de soluciones parciales. A nuestro parecer, más que una nueva regulación sobre este punto, lo que se necesita es un nuevo sistema legal en el que encuentre perfecta cabida

---

( de sentencias civiles dictadas por los jueces de Circuito en primera instancia."

(26) Esta negativa de los codificadores fue duramente criticada por los partidarios de la casación. En la exposición de motivos que acompaña a la Ley 24 de 1937 sobre recurso de casación y revisión se alude a esta circunstancia y hasta se llegó a decir que "cuando el Istmo se separó de Colombia para constituirse en Estado con personalidad internacional propia, la Corte Suprema se quedó en Bogotá."

(27) En efecto, en estas disposiciones no se precisa con claridad si se trata únicamente de un juicio de nulidad.

el régimen de los actos procesales. Sin embargo, como medida inmediata e inaplazable se impone la derogación de los artículos 564, 565 y 566, así como también del Capítulo XV, Título I del Código Judicial (28).

Si nos preguntaran cómo ha podido subsistir la justicia civil a semejante absurdidad, en verdad - que no sabríamos qué responder. La explicación tal vez se encuentre en el hecho de que todo proceso es en última instancia una actividad profundamente humana y como tal es bueno o malo según la entereza de los sujetos - que en él intervienen; es entonces cuando adquiere plena vigencia la admonición que un día escuchamos de labios del Profesor Couture: "ninguna democracia será - más virtuosa que los hombres que están en el gobierno y ninguna justicia será mejor que los hombres que desempeñan el cometido."

---

lidad de sentencia (al tenor del artículo 564) o - si, además se ha reconocido un "juicio de nulidad de juicio" en el mencionado Capítulo XV (opinión - que respalda la doctrina de la Corte.)

- (28) Naturalmente que esta derogatoria implica que también quedarán sin efecto las disposiciones correlativas de las Leyes 61 de 1946 y 47 de 1956. Hasta donde nos hemos podido informar, tan solo se ha derogado el párrafo del artículo 18 de la Ley 47 de 1956 que atribuía al Pleno de la Corte el conocimiento de los juicios de nulidad de sentencias proferidas por las Salas de ese mismo organismo o por el extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.



## CONCLUSIONES

Al estudio analítico realizado revela que a propósito de la nulidad procesal subsisten dos conceptos que no han sido perfectamente perfilados por la doctrina. En esta dualidad conceptual, que para muchos ha pasado inadvertida, se encuentra, tal vez, el foco de todo ese ambiente de confusión que rodea a esta materia.

A.- En primer lugar, la nulidad 'strictu sensu' se traduce en la privación total de los efectos normales de un acto.

a) Este significado concuerda con el sentido etimológico de la palabra nulidad y con la idea - que de ella prevaleció en el derecho romano: 'quod nullum est nullum producit effectum'.

b) Para los sistemas legislativos que se mantienen fieles a la tradición romanista ésta pretende ser la única e inmediata consecuencia que se deriva de la infracción de un precepto legal.

c) En la moderna teoría del acto procesal

éste no es más que un simple supuesto (quizás el menos frecuente) a que da lugar la imperfección del acto. Dentro de esta teoría se observa la tendencia a prescindir del concepto estricto de nulidad, al que se ha querido suplantarlo con los términos ineficacia o invalidez que parecen más precisos. Nosotros preferimos referirnos a la "ineficacia absoluta".

B.- Por otra parte, este no es el único significado que se le atribuye a la nulidad; por el contrario, a la par de esta noción estricta se fue acumulando un concepto cada vez más amplio y que en la actualidad comprende toda esa fenomenología anormal a que da lugar el acto imperfectamente realizado. En este sentido lato, la nulidad procesal es la eficacia anormal que se produce en el acto viciado y que implica la posibilidad de su sanación posterior.

C.- De allí que en esa realidad procesal que es la nulidad del acto, es posible distinguir tres momentos o fases, íntimamente ligados unos a otros, pero que se debe examinar separadamente: el momento del vicio, el de la eficacia anormal y el de la subsanación del vicio.

a) El vicio del acto procesal se reduce

a la falta de alguno de los requisitos que en él debieron concurrir. Ahora bien, la teoría del vicio confronta dos problemas fundamentales: su determinación y su clasificación.

a') La determinación del vicio es a nuestro parecer, una cuestión de derecho positivo que se resuelve de modo diverso según las legislaciones. Sin embargo, desde un plano netamente teórico cabe hacer a éste aserto las siguientes observaciones:

a'') Que el derecho positivo no es exhaustivo en la descripción de los requisitos que han de concurrir en la formación del acto procesal. Por tanto, este puede resultar viciado por la ausencia de algún requisito no contemplado expresamente en la ley. Pero, aún más, la actitud de reserva de la ley es todavía mayor cuando se trata de precisar las hipótesis legales de vicios o defectos.

b'') Que esta limitación del derecho positivo se muestra de manera ostensible en aquellos sistemas en los que la enumeración de los requisitos del acto no responde a una técnica constructiva, sino más bien a una técnica empírica y rudimentaria.

b') En cuanto a la clasificación del vicio estimamos que la única catalogación útil es la que adopte como punto de partida las clases de requisitos del -

acto procesal. También cabe formular a este aserto las siguientes observaciones:

a'') Que de la problemática de la nulidad se excluyen los vicios que apuntan a la injusticia del acto.

b'') Que comprende tanto los vicios formales como los extraformales, pero sin desconocer que - estos últimos pierden importancia frente a los estrictamente formales, circunstancia que implica las siguientes consecuencias: primero, que por regla general el - juzgador sólo puede valorar el vicio que afecta la voluntad declarada y, segundo, que una intención inexpressada (in mente repositum) permanece por ello irrelevante.

b) La eficacia anormal es la consecuencia que se deriva del vicio o la imperfección del acto y - comprende dos supuestos esenciales:

a') La ineficacia absoluta o "nulidad - strictu sensu", que como vimos anteriormente consiste en la privación total de los efectos normales de un acto y que, a su vez, presenta diferentes matices o grados:

a'') Puede tratarse de una 'ineficacia radical', es decir, consustancial al vicio, o

b'') de una ineficacia sobrevenida, cuando requiere de un especial pronunciamiento del órgano - jurisdiccional, que así lo declare expresamente. Hay -

que tener en cuenta que esta ineficacia sobrevinida con-  
parta la existencia previa de ese estado de transitorie-  
dad o condicionalidad en que se traduce la "anulabili-  
dad del acto".

b') La simple irregularidad: Consiste en  
la adición al acto procesal viciado de otros efectos ju-  
rídicos distintos de los que normalmente llevaría consi-  
go (Guasp).

c) En cuanto a la sanatoria, nosotros mantene-  
mos el criterio de que los medios de subsanación o reme-  
dios procesales actúan sobre el vicio o defecto y no so-  
bre la nulidad strictu sensu; o sea que al producirse -  
el vicio, los medios de subsanación no devuelven la va-  
lidez al acto nulo, sino que evitan que se produzca es-  
ta consecuencia dañosa, curando o superando aquel vicio  
procesal. Tales medios son: las limitaciones a la ex-  
tensión de la nulidad, la convalidación, la invalidación,  
la declaratoria de nulidad ex officio, la rectificación  
o corrección y la renovación.

d) Por último, afirmamos que desde un punto de  
vista netamente doctrinal no es posible negar la existen-  
cia de ciertos vicios procesales que no pueden ser san-  
dos en virtud de los medios que antes hemos enumerado;  
nos referimos a aquellos que dan lugar a la ineficacia  
radical de la sentencia.

D.- En atención a las consideraciones que formulamos en torno a la legislación panameña, recomendamos con carácter de urgencia la derogación inmediata de los artículos 564, 565 y 566, así como también el Capítulo XV, Título I de Código Judicial, al efecto de hacer desaparecer el extraordinario contrasentido que ofrece la nulidad procesal tal como se encuentra regulada en nuestro país.

## BIBLIOGRAFIA

ALSINA, Hugo:

"Las nulidades en el Proceso Civil" (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958).

AMAYA, Enrique:

"La nulidad en el Proceso Civil": acción, excepción y recurso" (Edit. Bibliografica Argentina, Buenos Aires).

ANDRIOLI, Virgilio:

"Comento al Codice di Procedura Civile" (Edit. Eugenio Jovene, Napoli, 1954).

BETTI, Emilio:

"Teoría General del Negocio Jurídico, (Trad. A. Martín Pérez, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959).

BORRELL Y SOLER, Antonio:

"Derecho Civil Español, Edit. Bosch, Barcelona, Tomo I.

CALAMANDREI, Piero:

"Istituzioni di Diritto Processuale Civile", secondo el nuovo Codice" (CEDAM. Edit. Antonio Milani, Padova, 1943).

CALAMANDREI, Piero:

"Casación Civil" (Trad. de Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1959).

**CALAMANDREI, Piero:**

"Vicios de la Sentencia y Medios de Gravamen";  
Estudios sobre el Proceso Civil, Trad. de Sen-  
tis Melendo (Edit. Bibliográfica Argentina, -  
Buenos Aires, 1945).

**CALAMANDREI, Piero:**

"La génesis lógica de la sentencia Civil" (Es-  
tudios sobre el proceso civil, idem).

**CALAMANDREI, Piero:**

"La distinción entre error in iudicando y error  
in procedendo" (Estudios sobre el proceso ci-  
vil, idem.)

**CARNELUTTI, Francesco:**

"Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italia-  
no" (Trad. de Jaime Guasa, Edit. Bosch, Barce-  
lona, 1942).

**CARNELUTTI, Francesco:**

"Teoría General del Derecho (Trad. de Carlos  
G. Posada, 1ª. edición, Rev. de Derecho Priv-  
ado, Madrid, 1941.)

**CARNELUTTI, Francesco:**

"Teoría General del Derecho" (Trad. de F. Ja-  
vier Ossat, 2ª. edición, Rev. de Derecho Pri-  
vado, Madrid, 1955.

**CARNELUTTI, Francesco:**

"Sistema de Derecho Procesal Civil" (Trad. de  
Alcalá Zamora y Sentís Melendo, UTEHA Argenti-  
na, Buenos Aires, Tomo III).

**CARNELUTTI, Francesco:**

"Progetto del Codice di Procedura Civile, pre-  
sentato alla Sottocommissione Reale" (CEDAM,  
Padova, 1926.)



**COUTURE, Eduardo:**

"Introducción al Estudio del Proceso Civil" -  
(Edit. DEPALMA, Buenos Aires, 1949).

**COUTURE, Eduardo:**

"Fundamentos de Derecho Procesal Civil" (Edit.  
Depalma, Buenos Aires).

**COUTURE, Eduardo:**

"Estudios de Derecho Procesal Civil" (EDIAR,  
S.A., Buenos Aires, 1950).

**COUTURE, Eduardo:**

"Las actuales tendencias del Derecho Procesal  
Civil" (Tres conferencias del Dr. Eduardo J.  
Couture", Universidad de Panamá, 1956).

**CHIOVENDA, Giuseppe:**

"Instituciones de Derecho Procesal Civil" (Tr.  
de Gómez Orbaneja, Edic. Revista de Derecho -  
Privado, 1940).

**CHIOVENDA, Giuseppe:**

"Las formas en la Defensa Judicial del Dere-  
cho" (Ensayos de Derecho Procesal Civil; Eds.  
Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Tomo  
III).

**DE CASTRO, Federico:**

"Derecho Civil de España" (Instituto de Estu-  
dios Políticos, Madrid, 1955, Tomo I).

**DE LA PLAZA, Manuel:**

"Derecho Procesal Civil Español" (Edit. Revig-  
ta de Derecho Privado, 3ª ed. Madrid, 1955).

**DEVIS ECHANDIA, Hernando:**

Derecho Procesal Civil General, (Librería Ju-  
rídica, Bogotá, 1947).

D'ONOFRIO, Paolo:

"Lecciones de Derecho Procesal Civil" (Edit. - Jus, México, 1945).

FABREGA P., Jorge:

"Jurisprudencia de la Corte Suprema" (Edit. La Estrella de Panama, Panama, 1959).

FAIREN GUILLEN, Víctor:

"Sobre la recepción en España del recurso de Casación Francés" (Anuario de Derecho Civil, 1957, Madrid).

FENECH, Miguel:

"Instituciones de Derecho Procesal Penal" (Ed. Bosch, Barcelona, 1947).

FENECH, Miguel:

"Doctrina Procesal Civil del Tribunal Supremo" (Aguilar, Madrid, 1956).

FLORIAN, Eugenio:

"Elementos de Derecho Procesal Penal" (Trad. de Prieto Castro, Bosch, Barcelona, 1934).

FORSTHOFF, Ernst:

"Tratado de Derecho Administrativo" [Trad. de Legas Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega; Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1958).

FURNO, Carlo:

"Nullità e rinnovazione degli atti processuali" (Studi in onore di Redenti....., Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1951).

GALLINAL, Rafael:

"Manual de Derecho Procesal Civil (Casa A. Baerreiro, S.A., Montevideo, 1930).

**GARRIDO FALLA, Fernando:**

"Tratado de Derecho Administrativo" (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958).

**GARRIDO FALLA, Fernando:**

"La eficacia de los actos administrativos en la nueva Ley de Procedimiento (Rev. de Administración Pública, Núm. 26, Madrid, 1958).

**GELSI BIDART, Adolfo:**

"Indicaciones sobre el elemento voluntario en el Acto Procesal (Rev. de Derecho Procesal, VOL. II, Madrid, 1957).

**GELSI BIDART, Adolfo:**

"Las grandes líneas de la Teoría de las Nullidades Procesales en el Proyecto del Profesor Couture (Rev. de Derecho Procesal, Argentina, 1948, Núm. I, Buenos Aires).

**GOLDSCHMIDT, James:**

Derecho Procesal Civil, Trad. de Prieto Castro, Edit. Labor, S.A. Barcelona, 1937.

**GOMEZ ORHANEJA, Emilio:**

"Derecho Procesal" (Edit. Artes Gráficas, S.A. Madrid, 1955, Tomo I).

**GUASP, Jaime:**

"Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil" M. Aguilar, Editor, Madrid, 1948).

**GUASP, Jaime:**

"Derecho Procesal Civil, (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956).

**GUASP, Jaime:**

"La paralización del proceso y sus diversas formas" (Rev. de Derecho Procesal, Año VII, Nº 3, 1957).

**GUASP, Jaime:**

"Los límites temporales de la Cosa Juzgada" -  
(Anuario de Derecho Civil, Tomo V, Fascículo  
II, Madrid).

**GUASP, Jaime:**

"La Pretensión Procesal" (Anuario de Derecho  
Civil, Tomo V, Fascículo I, Madrid, 1952).

**GUASP, Jaime:**

"La reducción y simplificación de los Proce-  
sos Civiles Especiales" (Anuario de Derecho  
Civil, Tomo IV, Fascículo II, Madrid).

**GUASP, Jaime:**

"El sistema de una Ley Procesal Hispano-Ame-  
ricana" (Rev. de Derecho Procesal, Num. I, -  
año 1956).

**GUASP, Jaime:**

"Exactitud y Derecho" (Anuario de Filosofía -  
del Derecho, Tomo V, Madrid, 1957).

**IBÁÑEZ PROCHMAN, Mamel:**

"Tratado de los recursos en el Proceso Civil"  
(Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires,  
1957).

**JAEGER, Nicola:**

"Diritto Processuale Civile, secondo i nuovi  
Codici" (Unione Tipografica-Editrice, Torino,  
1942).

**KISCH, W.:**

"Elementos de Derecho Procesal Civil (Trad.  
de Prieto Castro, Edit. Revista de Derecho -  
Privado, Madrid, 1940).

**LIEBMAN, Enrico Tullio:**

"Manual di Diritto Processuale Civile" (Dott.  
A. Giuffrè, Milano, 1957).

**LUGO, Andrea:**

"Manuale di Diritto Processuale Civile (Dotte A. Giuffrè, Milano, 1959).

**LUTZESCO, Georges:**

"Teoría y Práctica de las Nulidades" (Trad. de Manuel Romero S. y Julio López de la Cerdá; - Edit. Porrúa, S. A., 1945).

**MARQUEZ CABALLERO:**

"Nulidad y subsanación ex officio" en el Proceso Civil (Rev. de Derecho Procesal, Madrid, 1945).

**MATTIROLO, Luis:**

"Tratado de Derecho Judicial Civil (Trad. de C. Quiros y López-Rey Arrojo, Edit. Reus, S.A. Madrid, 1931).

**MERKL:**

"Teoría General del Derecho Administrativo, - Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid).

**MORALES, M. Hernando:**

"Curso de Derecho Procesal Civil" (3a Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1951).

**MORON, Manuel:**

"La nulidad en el Proceso Civil Español" (Edit. AHR, Barcelona, 1957).

**MORTARA, Ludovico:**

"Manuale della Procedura Civile" (Unione Tipografica Editrice, Torino, 1901, Vol. I).

**PALLARES, Eduardo:**

"Diccionario de Derecho Procesal Civil" (Edit. Porrúa, S.A., México, 1956).

PODETTI, Ramiro:

"Tratado de los Recursos" (EDIAR, S.A., Buenos Aires, 1958).

PRIETO CASTRO, Leonardo:

"Manual de Derecho Procesal Civil" (Univ. de Madrid, 1959).

PRIETO CASTRO, Leonardo:

"Questiones de Derecho Procesal", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

REDENTI, Enrico:

"Profili pratici di Diritto Processuale Civile" (Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1939).

REDENTI, Enrico:

"Diritto Processuale Civile" (Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1949).

RICCA-BARBBERIS, Mario:

"Preliminari e Commento al Codice di Procedura Civile" (Giappichelli, Editore, Torino 1946).

ROCCO, Alfredo:

"La Sentencia Civil" (Trad. de Mariano Ovejero, Edit. Stylo, México).

ROCCO, Ugo:

"Derecho Procesal Civil" (Trad. de Felipe J. Tena, Edit. Porrúa Hnos y Cía., México, 1944).

ROCCO, Ugo:

"Trattato di Diritto Processuale Civile" (UTET, Torino, 1957).

ROSENBERG, Leo:

"Tratado de Derecho Procesal Civil" (Trad. de Angela Romero Vera, Ediciones Jurídicas Europa-América, B.A., 1955).

**SATTA, Salvatore:**

"Commentario al Codice di Procedura Civile"  
(Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1959).

**SATTA, Salvatore:**

"Diritto Processuale Civile (Edit. Antonio Milani, Padova, 1954).

**TORRENTE, Andrea:**

"Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza" (Studi in onore - di Redenti..... Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1951, Vol. II).

**TRUJILLO PENA (J):**

"Subsanación de defectos procesales en la Ley Jurisdiccional de 27 de Diciembre de 1956 - (Rev. de Derecho Procesal, 1961, Vol. 4).

**VIADA, Carlos:**

"Lecciones de Derecho Procesal Penal" (Madrid, 1950).

**VIADA, Carlos:**

"Irregularidad de los actos procesales en el Derecho Español" (Boletín de Justicia Municipal, Año V, Num. 149, 21 de abril de 1949).

**VON TUHR, Andreas:**

"Teoría General del Derecho Civil Alemán" (Trad. de Tito Rava, Edit. de Palma, B.Aires, 1947).

**WACH, Adolf:**

"Conferencia sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana" (Trad. de Ernesto Krotoschin, EDEA, Buenos Aires, 1958).

ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA (Francisco Seis, Editor,  
Tomo 23).

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO (Ignacio de Cano y Romero,  
Edit. Labor, S.A. 1950, Tomo I.)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855 (Edición Oficial),  
Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia,  
Madrid.)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 3 DE FEBRERO DE 1881,  
(Edit. Góngora, 14ª edición, Madrid, 1954).

CODIGO JUDICIAL DE LA REPUBLICA DE PANAMA (Edición Ofi-  
cial, Panamá, 1926).

CODIGO JUDICIAL COLOMBIANO (Edición a cargo de Eduardo  
Rodríguez Piñeros, Librería Colombiana, Bogo-  
ta, 1944.)

CODICE DI PROCEDURA CIVILE (Editore Ulrico Hoepli, Mila-  
no 1961).

LEGISLACION PENAL PANAMEÑA (A cargo del Lic. Roque J. -  
Gálvez, Panamá, Rep. de Panamá).

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (EDIT. Porrúa, S.A. Mé-  
xico, D.F. 1956).